

Discussion Paper No. 18-012

Impulsstudie
„Telekommunikationsregulierung 4.0“

Thomas Fetzer

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 18-012

**Impulsstudie
„Telekommunikationsregulierung 4.0“**

Thomas Fetzer

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp18012.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von
neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung
der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other
economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely
responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

Impulsstudie

„Telekommunikationsregulierung 4.0“

Prof. Dr. Thomas Fetzer*

Universität Mannheim und Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI)

im Rahmen der
Studienreihe
Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft
im Auftrag des
Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Prof. Dr. Thomas Fetzer, Universität Mannheim und MaCCI

Prof. Dr. Heike Schweitzer, FU Berlin

Prof. Dr. Martin Peitz, Universität Mannheim und MaCCI

März 2017

* Der Autor dankt Dr. Wolfgang Briglauer (ZEW), Prof. Dr. Jan Krämer (Universität Passau), Prof. Dr. Martin Peitz (Universität Mannheim und MaCCI) und Prof. Dr. Heike Schweitzer (FU Berlin) für zahlreiche wertvolle Diskussionen sowie Anmerkungen, die in die Impulsstudie eingeflossen sind.

A	Einleitung.....	4
	I. Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft.....	4
	II. Bedeutung der Telekommunikationsregulierung für die digitale Wirtschaft.....	4
	III. Impulsstudie Telekommunikationsregulierung 4.0.....	5
B	Bausteine für eine Telekommunikationsregulierung 4.0	8
	I. Flächendeckender Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze.....	8
	1. Zielinadäquanz der bestehenden Regulierung	8
	2. Konnektivität als neues Regulierungsziel	9
	a) Inhalt des europäischen Konnektivitätsziels.....	9
	b) Bedeutung des Konnektivitätsziels	11
	c) Bewertung.....	12
	d) Umsetzungsbedarf und -optionen	13
	3. Geographische Erhebungen zum Netzausbau, Art. 22 Kodex	14
	a) Zielsetzung	14
	b) Anwendungsbereich	14
	c) Rechtsfolgen.....	16
	d) Bewertung.....	16
	aa) Offenheit der Rechtsfolgen	17
	bb) Ambivalenz in Gebieten mit Netzausbaudefizit.....	17
	cc) Zwischenergebnis	19
	e) Umsetzungsbedarf und -optionen	19
	4. Universaldienst, Art. 78 ff. Kodex.....	20
	5. Weitere Maßnahmen zur Förderung des Breitbandausbaus	21
	6. Zwischenergebnis	21
	II. Investitionsanreize in der Marktregulierung.....	22
	1. Bedeutung der Marktregulierung für den Breitbandausbau	22
	2. Persönlich-sachlicher Anwendungsbereich der Marktregulierung.....	24
	3. Symmetrische Marktregulierung	25
	a) Vorgeschlagene Neuregelung	25
	b) Bewertung	25
	4. Asymmetrische Marktregulierung	29
	a) Marktdefinition, Art. 62 Kodex	29
	b) Marktanalyse, Art. 65 Kodex.....	30
	c) Auferlegung von Verpflichtungen	31
	aa) Konnex zu Wettbewerbsproblemen auf Endkundenmärkten	31
	bb) Sonderfall: Wholesale-Only-Netzbetreiber, Art. 77 Kodex	32
	d) Regulierungsperiode, Art. 65 Abs. 5 Kodex	33
	e) Sunset, Art. 65 Abs. 3 UAbs. 2 Kodex.....	33
	f) Regulatorische Behandlung neuer Netzbestandteile, Art. 74 Kodex	33
	aa) Vorgeschlagene Neuregelung	34

bb) Bewertung	35
g) Vorabregulierung, Art. 66 Kodex	37
aa) Wesentliche Neuerungen.....	37
bb) Bewertung	38
h) Netzzugangsregulierung, Art. 70, 71 Kodex.....	38
aa) Wesentliche Neuerungen.....	38
bb) Bewertung	40
i) Preiskontrolle, Art. 72 Kodex	41
5. Zwischenergebnis	42
III. Faire Wettbewerbsbedingungen auf Telekommunikationsmärkten	43
1. Flexibilisierung des Anwendungsbereichs der Telekommunikationsregulierung	
Art. 2 Nr. 4 Kodex.....	44
a) Interpersonelle Kommunikationsdienste, Art. 2 Nr. 5 Kodex.....	45
aa) Funktionale Betrachtung	45
bb) Entgeltlichkeit.....	45
cc) De-minimis-Ausnahme	46
b) Nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste,	
Art. 2 Nr. 6 Kodex	46
c) Nummernungebundene interpersonelle Kommunikationsdienste,	
Art. 2 Nr. 7 Kodex	47
d) Bewertung	47
2. Marktregulierung	48
a) Symmetrische Interoperabilitätsverpflichtung,	
Art. 59 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c) Kodex.....	48
b) Berücksichtigung von interpersonellen Kommunikationsdiensten bei der	
asymmetrischen Regulierung.....	48
3. Nicht wettbewerbsbezogene Regulierung.....	49
a) Sicherheit von Netzen und Diensten, Art. 40 Kodex.....	50
b) Verbraucherschutz	51
aa) Informationspflicht in Verträgen, Art. 95 Kodex.....	51
bb) Vertragslaufzeit und -kündigung, Art. 98 Kodex	52
c) Datenschutz.....	53
4. Zwischenergebnis	53
C Zusammenfassung	55

A Einleitung

I. Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft

Der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie initiierte Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft soll staatlichen Handlungsbedarf und staatliche Handlungsoptionen für die Etablierung eines kohärenten Ordnungsrahmens aufzeigen, der Wirtschaft und Gesellschaft einerseits die Ausschöpfung der Innovations- und Wachstumspotenziale der Digitalisierung erlaubt, andererseits aber mögliche negative Folgen so weit wie möglich minimiert. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung wird im Rahmen des Fachdialogs für ausgewählte Themenkomplexe zum einen untersucht, inwieweit die voranschreitende Digitalisierung zu einem Anpassungsbedarf beim existierenden Ordnungsrahmen führt. Zum anderen soll analysiert werden, inwieweit die Digitalisierung einen Bedarf nach neuen Regelungen bzw. Regelungsmodellen hervorruft.

II. Bedeutung der Telekommunikationsregulierung für die digitale Wirtschaft

Ein wesentliches Element eines kohärenten Ordnungsrahmens für die gesamte digitale Wirtschaft ist der Rechtsrahmen für den Telekommunikationssektor:

Erstens beschäftigt sich der Telekommunikationsrechtsrahmen traditionell in weiten Teilen mit der Regulierung der Telekommunikationsinfrastruktur. Sie ist aus technischer und ökonomischer Sicht zentraler Bestandteil der digitalen Wertschöpfungskette. Insbesondere die wettbewerbliche Struktur von Telekommunikationsmärkten ist von erheblicher Bedeutung für die gesamte digitale Wirtschaft. Die wettbewerbsbezogene Telekommunikationsmarktregulierung hat Einfluss auf andere Stufen der Wertschöpfungskette und damit auf die digitale Wirtschaft insgesamt. Paradigmatisch zeigt sich dies an der Netzneutralitätsfrage, deren Art der Beantwortung jedenfalls potenziell Auswirkungen auf die im Internet angebotenen Dienste und Inhalte hat.¹

Zweitens ist die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung von zentraler Bedeutung für die digitale Wirtschaft bzw. die Digitalisierung der Wirtschaft, weil sie wesentliche Parameter für Innovationen und Investitionen in den Ausbau von hochleistungsfähigen Breitbandnetzen setzt. Sie sind zwingende Voraussetzung für die erfolgreiche Digitalisierung der Wirtschaft ebenso wie der Gesellschaft. Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene hat die Politik den flächendeckenden Aufbau leistungsfähiger Breitbandnetze als Ziel formuliert, das erhebliche Investitionen in den Netzausbau erfordert. Diese Investitionen

¹ Dem hat sich ausführlich der Fachdialog Netzneutralität des BMWi gewidmet, in dessen Rahmen unter anderem folgende Studien entstanden sind: *Fetzer/Schweitzer/Peitz*, Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität, Erste Impulsstudie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Rahmen des Fachdialogs Netzneutralität, 2012; *Schweitzer/Fetzer*, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte der Netzneutralität, Zweite Impulsstudie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Rahmen des Fachdialogs Netzneutralität, 2013. Dazu *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Flexible Geschäftsmodelle in der Telekommunikation und die Netzneutralitätsdebatte, Wirtschaftsdienst 2013, 695; *Peitz/Fetzer/Schweitzer*, Die Netzneutralitätsdebatte aus ökonomischer Sicht, Wirtschaftsdienst 2012, 777.

sollen zum Großteil von privaten Unternehmen getätigt werden. Ihre Investitionsfähigkeit und -bereitschaft hängen erheblich von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab, unter denen sich solche Investitionen vollziehen. Ein Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft muss auch dies berücksichtigen.

Drittens sehen sich Telekommunikationsdienste, die der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterliegen, zunehmend neuen Wettbewerbern gegenüber, die oftmals aus Nachfragersicht Substitute darstellen, aber bisher nicht zweifelsfrei der sektorspezifischen Regulierung für Telekommunikationsdienste unterliegen. Bekannte Beispiele für derartige so genannte „Over-the-top-Dienste“ (OTT-Dienste) sind Messenger-Dienste wie WhatsApp, die inzwischen die klassischen SMS-Nachrichten überholt haben,² oder VoIP-Dienste wie Skype, die Sprachtelefonie über Internetzugänge anbieten, ohne selbst – jedenfalls im Teilnehmernetzbereich – über eigene (flächendeckende) Netzinfrastruktur zu verfügen. Ein wesentliches Kriterium für einen kohärenten Ordnungsrahmen ist auch, dass er zu keinen willkürlichen Bevorzugungen oder Benachteiligungen einzelner Marktteilnehmer führt, sondern faire, d.h. gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer schafft.

Wesentliche Teilaspekte der Telekommunikationsinfrastruktur- und -diensteregulierung werden dementsprechend auch im *Grünbuch Digitale Plattformen* des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie aufgegriffen:³ Leitsatz 1 des Grünbuchs adressiert die Frage des Level-Playing-Field u.a. zwischen regulierten Telekommunikationsanbietern bzw. -netzbetreibern einerseits und den (schwach regulierten) digitalen Plattformen andererseits.⁴ Leitsatz 3 des Grünbuchs fragt danach, wie ein Regelungsrahmen ausgestaltet sein sollte, der stärkere Anreize für Netzinvestitionen in Gigabit-Infrastrukturen setzt und Innovationen auf Dienstebene fördert.⁵

III. Impulsstudie Telekommunikationsregulierung 4.0

Die Europäische Kommission hat am 14. September 2016 einen Vorschlag für eine Richtlinie über den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation („Kodex“) veröffentlicht, mit dem der bestehende Telekommunikationsrechtsrahmen überarbeitet werden soll.⁶ Der Kodex führt zu einer Kodifizierung der sektorspezifischen Regelungen in

² Statista, IfD Allensbach Umfrage 2015.

³ BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, 2016. Dazu auch das wissenschaftliche Begleitpapier *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 16-042 (2016).

⁴ BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, S. 38 ff. mit weiteren Erläuterungen.

⁵ BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, S. 33 f. mit weiteren Erläuterungen; dazu auch BMWi, Digitale Strategie 2025, S. 12 ff.

⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM(2016) 590 final/2 v. 12.10.2016, mit dem die Fassung v. 14.9.2016, COM(2016) 590 final berichtigt wird. Das Impulspapier basiert auf der deutschen Übersetzung v. 12.10.2016. Da diese Version allerdings teilweise erhebliche Diskrepanzen zur englischen Ursprungsfassung aufweist, wird soweit relevant auch auf die englische Fassung Bezug genommen.

einer Richtlinie, die bisher in vier Einzelrichtlinien aufgeteilt waren.⁷ Die Konsolidierung des Rechtsrahmens ist im Sinne der Rechtsklarheit begrüßenswert. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass eine umfassende Zusammenführung der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung damit leider nicht einhergeht, weil im Kodex insbesondere der für faire Wettbewerbsbedingungen in Telekommunikationsmärkten wesentliche Aspekt der spezifischen datenschutzrechtlichen Regelungen nicht enthalten ist, sondern weiterhin getrennt in einer ePrivacy-Verordnung geregelt werden soll.⁸

Mit dem Kodex verfolgt die Kommission – neben dem inhärenten Ziel europäischer Rechtsakte: Schaffung eines Binnenmarktes – im Wesentlichen drei Ziele:⁹ Es soll ein Rechtsrahmen geschaffen werden, der Anreize für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsnetze schafft; es sollen gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer gewährleistet werden; schließlich soll ein wirksamer institutioneller Rahmen geschaffen werden, der insbesondere auch zu einer einheitlichen Anwendung der Rechtsregeln führt. Die beiden erstgenannten Ziele entsprechen damit den beiden auch im *Grünbuch Digitale Plattformen* aufgeworfenen Fragen nach den fairen Wettbewerbsbedingungen im Telekommunikationssektor einerseits und den Investitionsanreizen in Gigabit-Netze andererseits.

Die vorliegende Impulsstudie unterzieht den Kodexentwurf der Kommission ausgehend davon im Hinblick auf folgende drei – eng miteinander verknüpfte – Themenfelder einer ersten Bewertung:

- I. Flächendeckender Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze
- II. Investitionsanreize in der Marktregulierung
- III. Faire Wettbewerbsbedingungen auf Telekommunikationsmärkten

Für diese Themenfelder wird jeweils aufgezeigt, welche wesentlichen Neuerungen der Kodex vorsieht. Im Anschluss wird eine erste Bewertung des europäischen Regelungsansatzes vorgenommen. In einem letzten Schritt wird erörtert, welcher mögliche Änderungsbedarf auf europäischer Ebene im Laufe des Gesetzgebungsprozesses eingebracht werden könnte bzw. welche Umsetzungsmöglichkeiten in das nationale Recht

⁷ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 v. 24.4.2002, S. 7; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. L 108 v. 24.4.2002, S. 21; Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 v. 24.4.2002, S. 33; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie). ABl. L 108 v. 24.4.2002, S. 51.

⁸ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final v. 10.1.2017.

⁹ Kodex, Erwägungsgrund 3.

sich ergeben.¹⁰ Letzteres ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Kodex zwar ein hohes Maß an Detailliertheit aufweist, das in manchen Bereichen einen Vollharmonisierungsansatz erreicht,¹¹ zugleich aber die Kommission mit dem Kodex bewusst das Instrument einer europäischen Richtlinie gewählt hat, die der Umsetzung in nationales Recht bedarf.

In die Impulsstudie sind auch Diskussion und Ergebnisse des Workshops „Telekommunikations-Marktregulierung 4.0“ vom 4. November 2016 im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Bonn eingeflossen. Der Workshop hat sich schwerpunktmäßig ebenfalls mit der Zukunft der Marktregulierung sowie fairen Wettbewerbsbedingungen auf Telekommunikationsmärkten beschäftigt. An ihm haben rund 80 Vertreterinnen und Vertreter aus Wirtschaft, Verwaltung, Politik, Wissenschaft und Gesellschaft teilgenommen.

¹⁰ Hierzu insbesondere die markierten „Änderungsanregungen“.

¹¹ Vgl. etwa für den Endnutzerschutz Art. 94 Kodex.

B Bausteine für eine Telekommunikationsregulierung 4.0

I. Flächendeckender Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze

1. Zielinadäquanz der bestehenden Regulierung

Während im TKG-2004 im Hinblick auf den Telekommunikationsinfrastrukturausbau noch allgemein als Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-2004 die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen vorgegeben worden war, ist im Rahmen der TKG-Novelle 2012 mit § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG erstmals ein spezifisch auf den Breitbandausbau ausgerichtetes Regulierungsziel in das TKG aufgenommen worden. Demnach ist ein Ziel der Regulierung „die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation.“

Das TKG selbst enthält keine Definition des Begriffs der „hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetze der nächsten Generation“, allerdings sind unter Rückgriff auf die NGA-Empfehlung der Europäischen Kommission hierunter leitungsgebundene Zugangsnetze zu verstehen, „die vollständig oder teilweise aus optischen Bauelementen bestehen und daher Breitbandzugangsdienste mit erweiterten Leistungsmerkmalen (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die über das hinausgehen, was mit schon bestehenden Kupferkabelnetzen angeboten werden kann. In den meisten Fällen sind NGA-Netze das Ergebnis der Aufrüstung bereits bestehender Kupfer- oder Koaxialkabel-Zugangsnetze.“¹² Aus den Gesetzgebungsmaterialien zum TKG ergibt sich, dass hiermit Netze gemeint sein sollen, die eine Downlink-Geschwindigkeit von mindestens 50 MBit/s bereitstellen.¹³ Aus juristischer Sicht ist Ziel der Regulierung auf Grundlage des geltenden TKG damit, soweit es um den Breitbandausbau geht, die regulatorische Unterstützung des Ausbaus von Breitbandnetzen, die im Wesentlichen die ursprünglichen Ausbauziele der Digitalen Agenda der Bundesregierung erfüllen, also bis Ende 2018 flächendeckend 50 MBit/s im Download ermöglichen.¹⁴

Die gesetzliche Festlegung bzw. Ausgestaltung des Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG erweist sich potenziell als Hemmschuh für eine Regulierung, die den Ausbau von Netzen aktiv unterstützen soll, die deutlich höhere Leistungsparameter bereitstellen. Insbesondere der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) mit der *Digitalen Strategie 2025*¹⁵ angestrebte Ausbau von Gigabit-Netzen muss auf Grundlage des geltenden TKG durch die BNetzA nicht zwingend aktiv durch regulatorische Maßnahmen flankiert werden. Vielmehr kann sie hieran rechtlich sogar gehindert sein. Der Grund dafür liegt darin, dass die Regulierungsziele des TKG nicht nur einen allgemeinen Zielkatalog formulieren, sondern

¹² Definition 11 *Europäische Kommission*, Empfehlung der Kommission v. 20.9.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) 2010/572/EU, Abl. Nr. L Nr. 251, v. 25.9.2010, S. 35.

¹³ BT-Drucks. 17/5707, S. 47 f.

¹⁴ *Bundesregierung*, Digitale Agenda 2014 – 2017, S. 8.

¹⁵ Vgl. *BMWi*, Digitale Strategie 2025, S. 12 ff. „Ein Gigabit-Glasfasernetz für Deutschland bis 2025 aufbauen“. In diesem Sinne auch *BMWi*, Saarbrücker Erklärung zum Nationalen IT-Gipfel 2016, S. 4 „Kapitel II – Gigabit-Gesellschaft entschlossen vorantreiben“.

dass diese Ziele von der BNetzA auch bei konkreten Regulierungsmaßnahmen explizit zu berücksichtigen sind.¹⁶ Das Gesetz regelt dies ausdrücklich beispielsweise für die Marktregulierung in § 21 Abs. 1 S. 2 TKG, wonach die BNetzA bei der Entscheidung, ob sie eine Zugangsverpflichtung auferlegt, das Verhältnis zu den Regulierungszielen prüfen muss, und in § 30 Abs. 1 S. 2 TKG für die Frage, ob Vorleistungsentgelte einer ex-ante-Genehmigungspflicht unterworfen werden. Ganz allgemein muss die BNetzA die Regulierungsziele immer dann als entscheidungsleitende Faktoren berücksichtigen, wenn ihr durch das Gesetz Ermessen – bzw. in der Terminologie der Rechtsprechung: Regulierungsermessen – eingeräumt wird.¹⁷ Soweit die BNetzA also den Ausbau von Breitbandnetzen insbesondere durch die Schaffung von Investitionsanreizen im Rahmen der Marktregulierung aktiv unterstützen will, ist sie dabei durch § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG letztlich auf die regulatorische Begünstigung von Investitionen beschränkt, die den Ausbau von NGA-Netzen betreffen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn durch eine Entscheidung der Behörde zumindest auch Maßnahmen getroffen werden, die für Marktteilnehmer eine Belastung darstellen, da solche ohne eine ausdrückliche entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig sind.

2. Konnektivität als neues Regulierungsziel

a) Inhalt des europäischen Konnektivitätsziels

Durch den Kodex soll der bisherige Dreiklang der europäischen Regulierungsziele um ein neues Ziel erweitert werden: Mit Art. 1 Abs. 2 Kodex wird der Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität zum Regulierungsziel erhoben. Durch die Nennung von „Ausbau“ und „Nutzung“ wird deutlich, dass der Kodex nicht nur auf eine regulatorische Stimulation der Angebotsseite für Hochgeschwindigkeitsnetze abzielt, sondern auch die Nachfrageseite stärker als bisher in den Blick nimmt. Ziel der Regulierung ist daher nicht nur der Netzausbau, sondern die Schaffung von Konnektivität auf Grundlage von hochleistungsfähigen Breitbandnetzen für alle Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen im Binnenmarkt in einem weitergehenden Sinn.¹⁸

Das europäische Konnektivitätsziel hat im Hinblick auf die Angebotsseite eine spezifische Bedeutung, die über die bloße Verfügbarkeit eines breitbandigen Internetzugangs für alle Bürgerinnen und Bürger hinausgeht und die im Kodex verbindlich vorgegeben wird: Es geht um den Ausbau von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“. „Netz mit sehr hoher Kapazität“ wird in Art. 2 Nr. 1 Kodex legaldefiniert als: „ein elektronisches Kommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht, oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Down- und Uplink-Bandbreite, Störfestigkeit, Fehlerparameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann. Die Netzleistung kann als vergleichbar gelten, unabhängig davon, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen

¹⁶ *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 19.

¹⁷ Vgl. nur BVerwG v. 2.4.2008, Az. 6 C 16.07, BeckRS 2008, 35853.

¹⁸ So ausdrücklich Kodex, Erwägungsgrund 23.

inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Netz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist“.

Die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 1 Kodex ist in mehrfacher Hinsicht für die zielgerichtete Unterstützung des Breitbandausbaus – insbesondere in dessen qualitativer Dimension – durch die sektorspezifische Regulierung von besonderer Relevanz:

(1) Der Kodex verzichtet, anders als dies etwa bei den ursprünglichen Breitbandzielen auf politischer Ebene häufig der Fall war, für die Definition des Ausbauziels auf spezifische (Downlink-) Geschwindigkeitsvorgaben. Vielmehr werden künftig Leistungsparameter einer bestimmten Technologie – Glasfasernetze – zum Referenzmaßstab erklärt. Damit wird ein dynamischer Geschwindigkeitsmaßstab aufgestellt, der sich an den – sich durch technische Fortentwicklungen möglicherweise ebenfalls ändernden – Leistungsparametern von FTTH-Netzen bzw. FTTB-Netzen orientiert. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 2 Nr. 1 Kodex von Netzen spricht, die komplett oder zumindest bis zum Verteilpunkt am Ort der Nutzung aus Glasfaserkomponenten bestehen. Aus den Erwägungsgründen lässt sich schließen, dass mit der zweiten Alternative FTTB-Anschlüsse gemeint sein sollen.¹⁹

(2) Im Gegensatz zur bisherigen Breitbandförderung im Telekommunikationsrechtsrahmen wird im Kodex nicht mehr vorrangig nur auf die Downlink-Geschwindigkeit abgestellt, sondern auch auf die Uplink-Geschwindigkeit. Künftige Breitbandnetze müssen davon ausgehend vom Maßstab eines (FTTH-/FTTB-) Netzes mit sehr hoher Kapazität regelmäßig stärker symmetrische Bandbreiten bereitstellen, als dies bisher der Fall ist. Das ist vor dem Hintergrund der Tatsache positiv zu bewerten, dass es insbesondere für klein- und mittelständische Unternehmen, die regelmäßig nicht über eine dedizierte eigene Breitbandinfrastruktur verfügen, künftig von erheblicher Bedeutung sein kann, nicht nur schnellen Zugriff auf Daten zu erhalten, sondern solche Daten mit ebensolcher Geschwindigkeit ihren Kunden bereitstellen zu können.

(3) Der Kodex stellt ausdrücklich nicht mehr nur auf Geschwindigkeitsvorgaben für Breitbandnetze ab, sondern nimmt weitere Leistungsparameter – Störfestigkeit, Fehlerparameter, Latenz und Latenzschwankung – als Zielvorgaben auf. Auch diese Parameter müssen denen von FTTH- bzw. FTTB-Netzen entsprechen, damit eine Infrastruktur die Voraussetzungen eines Netzes mit sehr hoher Kapazität erfüllt und damit zum Gegenstand regulatorischer Förderung gemacht werden kann.²⁰

(4) Nimmt man FTTH- bzw. FTTB-Anschlüsse als Referenzqualitätsmaßstab, würde dies für die Regulierung künftig eine bedeutsame Akzentverschiebung im Hinblick auf das bisherige Prinzip der Technologieneutralität bedeuten. Dieses ist bisher in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmen-RL normiert. Zwar ist auch künftig die Regulierung nach Art. 3 Abs. 3 lit. c) Kodex von den nationalen Regulierungsbehörden in technologieneutraler Weise anzuwenden. Allerdings richtet sich der Befehl zur Technologieneutralität zum einen nunmehr explizit vorrangig an die nationalen Regulierungsbehörden und nicht mehr allgemein an die

¹⁹ Kodex, Erwägungsgrund 13.

²⁰ Kodex, Art. 2 Nr. 2).

Mitgliedstaaten. Es ist daher durchaus denkbar, dass mitgliedstaatliche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung des Kodex in nationales Recht ausdrücklich auf FTTH- und FTTB-Netze bzw. deren Leistungscharakteristika abstellen, wenn sie ein Breitbandausbauziel in das TKG aufnehmen. Zum anderen stellt Art. 3 Abs. 3 lit. c) Kodex selbst für den Gesetzesvollzug durch die nationalen Regulierungsbehörden den Grundsatz der Technologieneutralität unter den Vorbehalt der Erfüllung der Ziele des Art. 3 Abs. 1 Kodex. Das dort aufgeführte zentrale Ziel ist aber das der Konnektivität, also insbesondere auch der Aufbau von Netzen mit FTTH- bzw. FTTB-Leistungscharakteristika. Die BNetzA wird daher künftig die Regulierung vorrangig auf Anreize für den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität ausrichten müssen, selbst wenn damit Entscheidungen einhergehen, die dem Prinzip der Technologieneutralität zuwiderlaufen.²¹

b) Bedeutung des Konnektivitätsziels

Das Konnektivitätsziel wird formal durch den Kodex als neues Regulierungsziel in Art. 1 Abs. 2 Kodex aufgenommen, das mit den weiteren Regulierungszielen (Errichtung eines Binnenmarktes für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Gewährleistung eines nachhaltigen Wettbewerbs und Interoperabilität der Kommunikationsdienste, Förderung der Endnutzerinteressen) auf einer Stufe steht. Betrachtet man allerdings den Kodextentwurf in seiner gesamten Systematik, wird deutlich, dass das Konnektivitätsziel strukturell eine herausgehobene Stellung einnimmt und dementsprechend künftig gerade auch von den nationalen Regulierungsbehörden vorrangig zu berücksichtigen sein wird.

Eine solche Rangordnung wird bereits in den Erwägungsgründen vorgezeichnet, wenn die Überprüfung des Rechtsrahmens durch den Kodextentwurf zuvorderst auch damit begründet wird, dass es in der Telekommunikationsregulierung künftig schwerpunktmäßig um die Schaffung von Investitionsanreizen in Hochgeschwindigkeitsnetze gehen müsse.²² Das wird durch die Kommission in der Kodexbegründung bekräftigt, wenn sie ausführt, dass in Zukunft die gesamte Zugangsregulierung auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität ausgerichtet werden müsse.²³ Ausdrücklich wird dies im Kodextext in Art. 59 Abs. 1 Kodex aufgegriffen, wo die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Zugangsregulierung definiert werden. Zusätzlich wird das Konnektivitätsziel dadurch betont, dass Investitionen des Infrastruktureigentümers nach Art. 71 Abs. 2 lit. d) Kodex bei der Entscheidung, ob eine Zugangsverpflichtung zu einer Infrastruktur auferlegt wird, von den nationalen Regulierungsbehörden nicht nur allgemein, sondern *besonders* berücksichtigt werden müssen.

Aus systematischer Sicht spricht für die Sonderstellung des Konnektivitätsziels innerhalb des Art. 1 Abs. 2 Kodex zudem, dass dieses Ziel noch vor das Ziel der Wettbewerbs- und der

²¹ Kodex, Erwägungsgrund 24.

²² Das Konnektivitätsziel zieht sich dabei wie ein roter Faden durch alle Erwägungsgründe, siehe nur Erwägungsgründe 3; 23; 27.

²³ Kodex, Begründung, S. 17.

Endnutzerinteressen eingefügt worden ist.²⁴ Gestützt wird dieser Befund dadurch, dass das Konnektivitätsziel auch in Art. 3 Abs. 2 lit. a) Kodex als erste Aufgabe für die nationalen Regulierungsbehörden, andere zuständige Behörden sowie das GEREK genannt wird. Zwar wird in Art. 3 Abs. 2 lit. a) Kodex vorrangig die Nachfrageseite von Konnektivität adressiert, allerdings ist auffallend, dass mit Art. 3 Abs. 2 lit. f) Kodex auch das Regulierungsziel der Endnutzerinteressen unmittelbar mit der Verfügbarkeit und Nutzung von Fest- und Mobilfunknetzen mit sehr hoher Kapazität verknüpft wird.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Systematik des Kodex sehr starke Anhaltspunkte dafür liefert, dass mit dem Regulierungsziel der Konnektivität ein Regulierungsziel mit einer Vorrangstellung gegenüber den anderen Regulierungszielen geschaffen werden soll.

c) Bewertung

Die prominente Einfügung des Konnektivitätsziels bedeutet eine Neujustierung des europäischen Rechtsrahmens in zweierlei Hinsicht: Zum einen wird damit vorgegeben, dass die Mitgliedstaaten sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung als auch des Gesetzesvollzuges künftig den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität prioritär behandeln müssen. Die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung wird sich daher nach Inkrafttreten des Kodex bzw. der entsprechenden nationalen Umsetzungsakte sehr viel stärker als bisher auf Anreize für den Ausbau von Breitbandnetzen ausrichten müssen, die FTTH- bzw. FTTB-Qualitätsparameter aufweisen. Zum anderen wird durch die Aufnahme des Konnektivitätsziels statt eines reinen Ausbauziels deutlich gemacht, dass es beim Breitbandausbau nicht nur um die Angebotsseite gehen soll, sondern dass auch die Nachfrageseite – die Nutzung von Breitbandanschlüssen – einbezogen werden muss.

Änderungsanregung 1

Die Fokussierung des Kodexentwurfs auf FTTH- bzw. FTTB-Netze als künftigen Referenzmaßstab für Infrastrukturen, deren Ausbau regulatorisch aktiv unterstützt werden soll, ist vor dem Hintergrund der Gigabit-Netzziele folgerichtig. Zugleich sollte im Rahmen der Regulierung aber auch berücksichtigt werden, dass Kabelnetze in der Bundesrepublik mit 6,6 Millionen Anschlüssen²⁵ einen erheblichen Beitrag zum Ausbau von Breitbandnetzen leisten. Sie fallen jedenfalls auf Grundlage von DOCSIS 3.0 zwar hinter die Leistungsfähigkeit von FTTH-/ FTTB-Netzen zurück,²⁶ stellen aber gemessen an einem absoluten Maßstab gleichwohl Leistungsparameter zur Verfügung, die für zahlreiche qualitätssensitive Anwendungen ausreichen. Mit dem neuen Standard DOCSIS 3.1 werden im Down- und Uplink sogar Gigabit-Geschwindigkeiten erreicht. Zudem sind Kabelnetze nicht nur für die auf ihnen basierende Breitbandversorgung bedeutsam, sondern sie sind auch ein wichtiger

²⁴ Dass das Konnektivitätsziel hinter das Binnenmarktziel eingefügt wurde, relativiert seine Bedeutung hingegen deshalb nicht, weil die Binnenmarktförderung der Kern aller europäischen Rechtsakte ist, so dass sie über allen anderen Zielen stehen muss.

²⁵ BNetzA, Jahresbericht 2015, S. 53.

²⁶ BNetzA, Jahresbericht 2015, S. 53: bis zu 400 MBit/s im Downlink.

Treiber für den FTTH-/FTTB-Ausbau, da sie den infrastrukturbasierten Wettbewerb stimulieren und damit Anreize zum Netzausbau bzw. Netzaufrüstung auch für glasfaserbasierte Wettbewerber setzen. Es sollte daher im weiteren Gesetzgebungsverfahren sichergestellt werden, dass durch die Fokussierung auf FTTH-/FTTB-Netze im Kodex nicht Anreize zum Ausbau von Kabelnetzen bzw. deren Aufrüstung auf DOCSIS 3.1. zerstört werden. Dies könnte durch eine Klarstellung in den Erwägungsgründen erreicht werden, wonach „eine ähnliche Netzleistung“ i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Kodex auch bei Kabelnetzen angenommen werden kann, die zumindest mit DOCSIS 3.0 ausgerüstet sind.

d) Umsetzungsbedarf und -optionen

Durch den Kodex wird mit dem Konnektivitätsziel ein neues Regulierungsziel ausdrücklich in den sekundärrechtlichen Rechtsrahmen aufgenommen, das bei der nationalen Umsetzung des Kodex im TKG und der sich daran anschließenden Anwendung des TKG in mehrfacher Hinsicht Veränderungen im Vergleich zur bisherigen nationalen Rechtslage bzw. Rechtsanwendung erforderlich machen wird:

(1) Es müssen künftig regulatorisch solche Breitbandausbaumaßnahmen stimuliert werden, die auf den Ausbau von FTTH- und FTTB-Netzen bzw. vergleichbar leistungsfähigen Netzen ausgerichtet sind. Dies entspricht den Zielen des BMWi in der *Digitalen Strategie 2025* sowie der *Saarbrücker Erklärung* der Bundesregierung zum Ausbau von Gigabit-Netzen.²⁷ Das Ziel muss aber auch entsprechend deutlich im TKG verankert werden, um für die BNetzA die rechtliche Befugnis (und Aufgabe) für eine entsprechende „aktive Regulierung“ von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu schaffen.

(2) Die Regulierung wird künftig stärker als bisher auch auf die Nachfrage und Nutzung von Hochgeschwindigkeitsnetzen ausgerichtet werden müssen. Der Kodex stellt nicht mehr nur auf den Netzausbau ab, sondern nimmt durch die Formulierung eines spezifischen neuen Konnektivitätsziels explizit die Nutzungsseite in den Blick. Die nationalen Regulierungsbehörden werden ebenso wie andere ggf. zuständige Behörden und der GEREK dazu verpflichtet, die Verfügbarkeit und Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 2 lit. d) Kodex). Auch dies entspricht insoweit den nationalen Zielen aus der *Saarbrücker Erklärung*.

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Möglichkeiten der BNetzA zur Stimulierung der Nachfrageseite institutionell und funktional begrenzt sind. Im Bereich der Marktregulierung übernimmt sie primär wettbewerbsbezogene Aufgaben auf der Marktseite der Anbieter. Zur Umsetzung des Konnektivitätsziels in seiner nachfragebezogenen Dimension sollte daher erwogen werden, entweder die BNetzA mit entsprechenden Aufgaben und Ressourcen auszustatten oder bei einer derzeit in der

²⁷ BMWi, Saarbrücker Erklärung zum Nationalen IT-Gipfel 2016, S. 4 „Kapitel II – Gigabit-Gesellschaft entschlossen vorantreiben“. BMWi, Digitale Strategie 2025, S. 12 ff. „Ein Gigabit-Glasfasernetz für Deutschland bis 2025 aufbauen“.

Diskussion befindlichen Digitalagentur eine entsprechende Aufgabenzuweisung vorzunehmen.

(3) Dem spezifischen europäischen Konnektivitätsziel wird im Kodex gegenüber den übrigen Regulierungszielen eine strukturelle Vorrangstellung eingeräumt. Die sektorspezifische Regulierung ist daher künftig primär auf den Breitbandausbau und die Nutzung der entsprechenden Infrastrukturen auszurichten. Dies kann insbesondere in Konstellationen, in denen mehrere Regulierungsziele – etwa das Wettbewerbsziel einerseits und das Konnektivitätsziel andererseits – miteinander in Konflikt geraten, zu einer Pflicht führen, der Verwirklichung des Konnektivitätszieles Priorität einzuräumen. Auch dies ist im Grundsatz begrüßenswert. Zugleich darf hier allerdings auch nicht aus dem Blick verloren werden, dass mittel- und langfristig Wettbewerb der wirksamste Investitionstreiber ist, so dass bei Einschränkungen des Wettbewerbs zugunsten des Breitbandausbaus eine sehr genaue Abwägung im Einzelfall vorgenommen werden muss.

3. Geographische Erhebungen zum Netzausbau, Art. 22 Kodex

a) Zielsetzung

Die Europäische Kommission schlägt im Kodex zur Förderung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität weiterhin vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden künftig Erhebungen zum Ausbaustatus und zu Investitionsplänen für Breitbandnetze durchführen müssen.²⁸ Dies soll zum einen zu einer besseren Berücksichtigung von geographischen Unterschieden beim Breitbandausbau in der Marktregulierung beitragen. Zum anderen sollen damit „Gebiete mit Netzausbaudefizit“ identifiziert werden, in denen der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität gezielt – ggf. auch mit Beihilfen – gefördert werden kann.²⁹ Begründet wird die Einführung des Erhebungsverfahrens damit, dass sich der Breitbandausbau in den vergangenen Jahren so heterogen entwickelt habe, dass genauere Kenntnisse über die jeweiligen Ausbauggebiete erforderlich seien, um abschätzen zu können, in welchen Gebieten der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität Defizite aufweist.³⁰

b) Anwendungsbereich

Durch Art. 22 Abs. 1 Kodex soll den nationalen Regulierungsbehörden künftig eine Pflicht auferlegt werden, innerhalb von drei Jahren nach Umsetzung des Kodex in nationales Recht eine Erhebung zur geographischen Reichweite von breitbandfähigen elektronischen Kommunikationsnetzen durchzuführen, die in Dreijahresabständen zu wiederholen ist.

Gegenstand der Erhebung ist zum einen Status-quo-bezogen die geographische Abdeckung von Breitbandnetzen (Art. 22 Abs. 1 lit. a)). Zum anderen geht es um die Erstellung einer Vorausschau über die Reichweite der Breitbandnetze innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren (Art. 22 Abs. 1 lit. b)). Im Rahmen der Vorausschau sind insbesondere Informationen im Hinblick sowohl auf den Neubau von Netzen mit sehr hoher Kapazität als auch auf die

²⁸ Kodex, Begründung, S. 19.

²⁹ Kodex, Begründung, S. 19.

³⁰ Kodex, Erwägungsgrund 60.

bevorstehende Modernisierung bestehender Infrastrukturen auf zumindest die Leistungsfähigkeit von Zugangsnetzen der nächsten Generation durch Unternehmen und Behörden zu erheben.³¹ Letzteres bedeutet ausgehend von der Definition des Begriffs „Zugangsnetze der nächsten Generation“ in der NGA-Empfehlung der Europäischen Kommission, dass Informationen über den Ausbau bzw. die Modernisierung von Netzen erhoben werden müssen, die in ihrer Leistungsfähigkeit über das hinausgehen, was bestehende Kupfernetze an Bandbreite bereitstellen können.³²

Unklar bleibt, welcher Datenratenschwellenwert für die Erhebung gelten soll: Bei systematischer Auslegung kann man der Auffassung sein, dass nur solche Netze gemeint sein sollen, die zumindest eine Downlink-Geschwindigkeit von 100 MBit/s bereitstellen, da gemäß Art. 22 Abs. 2 Kodex ein Gebiet dann als „Gebiet mit Netzausbaufizit“ zu klassifizieren ist, wenn dort nicht innerhalb von drei Jahren eine Versorgung mit mindestens 100 MBit/s im Downlink gewährleistet ist. Zugleich ist nach Art. 22 Abs. 3 S. 2 Kodex vorgesehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden auf Grundlage ihrer Erhebungen unter gewissen Voraussetzungen Informationen über Netze bereitstellen müssen, in denen eine Downlink-Geschwindigkeit von weniger als 100 MBit/s verfügbar ist. Dieser Verpflichtung können die nationalen Regulierungsbehörden aber nur dann nachkommen, wenn sie auf Grundlage von Art. 22 Abs. 1 Kodex auch entsprechende Informationen erheben können. Es ist daher davon auszugehen, dass die Erhebungspflicht sich auf solche Netze bzw. Ausbaumaßnahmen bezieht, die in eine der drei folgenden Kategorien fallen: (1) Versorgung eines Gebiets mit einem Zugangsnetz der nächsten Generation mit einer Downlink-Geschwindigkeit von weniger als 100 MBit/s; (2) Versorgung eines Gebietes mit einem Zugangsnetz der nächsten Generation mit einer Downlink-Geschwindigkeit von mehr als 100 MBit/s; (3) Versorgung eines Gebietes mit einem Netz mit sehr hoher Kapazität i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Kodex (FTTH- bzw. FTTB-äquivalent).

Bezüglich der geographischen Granularität der zu erhebenden Informationen gibt Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex vor, dass die Verfügbarkeit eines Netzes mit sehr hoher Kapazität bis zur lokalen Ebene ausgewiesen sein muss und auch Informationen über die verfügbare Dienstqualität beinhaltet, also über die reine Geschwindigkeit hinausgeht.

Mit der Erhebungspflicht der nationalen Regulierungsbehörden korrespondiert eine Auskunftspflicht der betroffenen Unternehmen nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 Kodex. Eine Nichterfüllung dieser Auskunftspflicht ist nach Art. 22 Abs. 4 S. 2 Kodex als irreführende Information nach Art. 20 oder Art. 21 Kodex anzusehen. Gemäß Art. 29 Kodex müssen die Mitgliedstaaten für derartige Verstöße Sanktionen im nationalen Recht vorsehen. Für Deutschland wäre es daher naheliegend, die Übermittlung von Fehlinformationen bzw. die Weigerung der Übermittlung von Informationen mit einem Bußgeld zu belegen.

³¹ Gemeint sind hier wohl öffentliche Stellen insgesamt, also auch Gebietskörperschaften. Hierfür spricht, dass in der englischen Fassung allgemein von „public authority“ die Rede ist.

³² Definition 11 *Europäische Kommission*, Empfehlung der Kommission v. 20.9.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) 2010/572/EU, Abl. L Nr. 251, v. 25.9.2010, S. 35.

c) Rechtsfolgen

Die Erhebung der Netzausbaudaten sowie der Netzausbauprognosen verfolgt einen mehrfachen Zweck: Soweit es um den Status quo des Netzausbaus geht, sollen die entsprechenden Informationen gemäß Art. 22 Abs. 1 lit. a) Kodex für die Marktregulierung, die Entscheidung über die Auferlegung von Universaldienstverpflichtungen sowie für mögliche Beihilfegewährungen erhoben werden. Eigenständige Rechtsfolgen werden hingegen hiermit nicht verknüpft.

Im Gegensatz dazu dient die Erhebung der Netzausbaupläne dazu, solche Gebiete zu identifizieren, in denen während des Vorschauzeitraums von drei Jahren kein Unternehmen und keine öffentliche Stelle ein Netz mit sehr hoher Kapazität, zumindest aber ein NGA-Netz mit einer Downlink-Geschwindigkeit von 100 MBit/s ausbauen will. Diese Gebiete werden wie erwähnt als „Gebiete mit Netzausbaufizit“ klassifiziert. Für solche Gebiete sieht Art. 22 Abs. 3 Kodex vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen auffordern können, ihre Absicht zum Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu bekunden. Unternehmen, die eine solche Absichtsbekundung abgeben, erhalten im Gegenzug Informationen darüber, ob im fraglichen Gebiet eine Versorgung mit einem NGA-Netz auch mit weniger als 100 MBit/s im Downlink erfolgt oder wahrscheinlich erfolgen wird.

Darüber hinaus sollen die nationalen Regulierungsbehörden die nach Art. 22 Abs. 1 Kodex erhobenen Informationen anderen Kommunal-, Landes- und Bundesbehörden, die für die Vergabe öffentlicher Fördermittel, das Aufstellen nationaler Breitbandpläne, die Festlegung von Versorgungspflichten für Frequenznutzer oder den Universaldienst zuständig sind, zur Verfügung stellen, damit diese ihre Aufgaben erfüllen können (Art. 22 Abs. 5 Kodex).

Schließlich können die nationalen Regulierungsbehörden die ihnen vorliegenden Informationen auch zur Bereitstellung von Informationswerkzeugen für Endnutzer verwenden, um diesen die Auswahl ihres Breitbandanbieters zu erleichtern (Art. 22 Abs. 6 Kodex).

d) Bewertung

Die Erhebung von Daten über den Stand des Netzausbaus sowie die Netzausbauplanung von Unternehmen und öffentlichen Stellen ist eine wenig problematische Maßnahme, soweit dadurch für die nationalen Regulierungsbehörden Voraussetzungen geschaffen werden sollen, ihre Regulierungsmaßnahmen auf die Stimulation des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität auszurichten. Dies gilt ohne Einschränkung für die Erhebung des Ausbau-Status-quo nach Art. 22 Abs. 1 lit. a) Kodex.

Soweit durch die nationalen Regulierungsbehörden hingegen Informationen über Netzausbaupläne von Unternehmen erhoben werden sollen, sind die möglichen Implikationen durchaus ambivalent. Neben den dadurch entstehenden administrativen Kosten für Unternehmen und nationale Regulierungsbehörden ist auch ihr möglicher Nutzen für den Breitbandausbau unter mindestens zwei Gesichtspunkten zu hinterfragen:

aa) Offenheit der Rechtsfolgen

Zum einen wird mit Art. 22 Kodex kein klares Rechtsfolgensystem etabliert. Selbst wenn ein Gebiet als „Gebiet mit Netzausbaufizit“ eingestuft wird, ergeben sich daraus keine unmittelbaren materiellen Konsequenzen. Die nationalen Regulierungsbehörden können dann zwar Absichtsbekundungen von Unternehmen zum Netzausbau abfragen. Sanktioniert ist aber lediglich die Nichtreaktion auf eine solche Abfrage. Kommen Unternehmen formal dieser Anfrage nach und erklären alle betroffenen Unternehmen, dass sie keine Netzausbaupläne haben, bleibt dies unmittelbar folgenlos. Es ist zwar zu naheliegend, dass in einem solchen Fall die nationalen Regulierungsbehörden versuchen werden, verstärkt regulatorische Anreize zum Netzausbau in einem solchen Gebiet zu setzen. Ebenso kann dies zum Ausgangspunkt für staatliche Beihilfen für den Netzausbau in den betroffenen Gebieten genommen werden. Dies alles wäre freilich auch ohne die Zwischenstufe der Absichtsbekundungsabfrage möglich.

Änderungsanregung 2

Art. 22 Kodex hinterlässt insofern einen unvollkommenen Eindruck. Zu erwägen wäre hier – sofern man das Verfahren des Art. 22 Kodex grundsätzlich für sinnvoll erachtet – eine eigenständige Rechtsfolge zu formulieren, sofern sich für ein Gebiet mit Netzausbaufizit kein ausbauwilliges Unternehmen findet.

Diese könnte beispielsweise darin bestehen, dass für solche Gebiete automatisch die Förderungswürdigkeit im Rahmen staatlicher Ausbauprogramme als festgestellt gilt. Zu bedenken ist dabei freilich, dass Anreize für opportunistisches Investitionsverhalten gesetzt werden können, wenn Unternehmen antizipieren, dass für ein bestimmtes Gebiet Fördermittel ausgeschüttet werden.

Zu erwägen wäre daher auch eine eigenständige Rechtsfolge dergestalt, dass für Gebiete mit Ausbaufizit dasjenige Unternehmen, das den am Konnektivitätsziel gemessen besten – verbindlichen – Ausbauplan vorlegt, für das Gebiet ein zeitlich befristetes Exklusivrecht erhält, während dessen Laufzeit es nicht der Marktregulierung unterliegt, sondern nur einer allgemeinen Missbrauchsaufsicht. Sofern ein solches Modell angestrebt wird, sollte es allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit im Kodex unionsrechtlich geregelt werden, da das Unionsrecht der Gewährung von ausschließlichen Rechten grundsätzlich kritisch gegenübersteht, wie sich aus Art. 106 Abs. 1 AEUV ergibt. Zugleich zeigt diese Norm allerdings auch, dass solche Ausschließlichkeitsrechte nicht generell unionsrechtlich ausgeschlossen sind.

bb) Ambivalenz in Gebieten mit Netzausbaufizit

Bekundet ein Unternehmen im Rahmen des Verfahrens nach Art. 22 Abs. 3 Kodex sein Interesse am Netzausbau, muss die nationale Regulierungsbehörde ihm nach Art. 22 Abs. 3 S. 3 Kodex mitteilen, ob das betroffene Gebiet bereits mit einem NGA-Netz von weniger als 100 MBit/s versorgt wird oder wahrscheinlich versorgt werden wird. Dies kann einen positiven Beitrag zum Breitbandausbau leisten, da sich die Investitionsunsicherheit für

Unternehmen reduziert, wenn sie wissen, ob sie in absehbarer Zeit mit Konkurrenten in einer bestimmten geographischen Region rechnen müssen. In der Folge finden sich für bestimmte Regionen daher möglicherweise ausbauwillige Unternehmen, die bei Unsicherheit über die künftige Wettbewerbssituation nicht investieren würden.

Zugleich ist es auch denkbar, dass durch Art. 22 Abs. 3 Kodex negative Auswirkungen für den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität hervorgerufen werden. Ein Unternehmen, das eine Absichtsbekundung abgibt, erhält in der Folge nach Art. 22 Abs. 3 S. 3 Kodex Kenntnis über die Ausbaupläne von potenziellen Wettbewerbern. Zwar wird die nationale Regulierungsbehörde durch Art. 20 Abs. 3 Kodex und Art. 22 Abs. 6 Kodex bei der Veröffentlichung von Informationen an Private zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet, so dass ein nach Art. 22 Abs. 3 S. 3 Kodex informiertes Unternehmen keine wettbewerberspezifischen detaillierten Ausbaupläne erhalten wird. Allerdings können auch anonymisierte Ausbaupläne von Wettbewerbern Unternehmen zu negativen bzw. nicht ausreichenden Investitionsentscheidungen veranlassen. So ist es denkbar, dass ein NGA-Netzbetreiber, der in einem Gebiet mit Netzausbaufizit tätig ist, Kenntnis darüber erlangt, dass in den kommenden drei Jahren auch kein Wettbewerber sein Netz so ausbauen bzw. modernisieren wird, dass es die Leistungsmerkmale eines Netzes mit sehr hoher Kapazität erreicht. Dies kann den aktiven Netzbetreiber dazu veranlassen, ebenfalls nicht in dem Gebiet in eine Aufrüstung in ein Netz mit sehr hoher Kapazität zu investieren, weil er nicht befürchten muss, dass ein Wettbewerber in den nächsten drei Jahren durch ein Netz mit sehr hoher Kapazität einen Vorteil im Qualitätswettbewerb erlangen wird. Die durch Art. 22 Abs. 3 S. 3 Kodex geschaffene Transparenz kann so dazu führen, dass das Maß an Qualitätswettbewerb in einem Gebiet mit Netzausbaufizit potenziell geringer bleibt, als es möglich wäre.

Die derzeitige Regelungskonzeption des Art. 22 Kodex ist besonders anfällig für derartige Verhaltensweisen, weil die Norm keine Sanktion für den Fall vorsieht, dass ein Unternehmen eine Absichtsbekundung zum Ausbau eines Netzes mit sehr hoher Kapazität abgibt, dann aber tatsächlich nicht ausbaut. Dies erlaubt es Unternehmen, potenziell ohne negative Konsequenzen Absichtsbekundungen nur deshalb abzugeben, um weitere Informationen über die Ausbaupläne von Wettbewerbern zu erhalten.

Änderungsanregung 3

Art. 22 Abs. 3 Kodex kann die Investitionsunsicherheit in Gebieten mit Netzausbaufizit reduzieren und so einen positiven Beitrag zum Breitbandausbau leisten. Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen die geschaffene Transparenz negative Auswirkungen auf Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität in Gebieten mit Netzausbaufizit hat. Daher sollte die Einführung einer beschränkten Bindungswirkung einer positiven Absichtserklärung nach Art. 22 Abs. 3 Kodex erwogen werden. So könnte für den Fall der Nichtumsetzung von notifizierten Ausbauplänen eine Verpflichtung geschaffen werden, den Nichtausbau gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde angemessen zu begründen.

Darüber hinaus erfasst Art. 22 Abs. 3 Kodex bisher nicht Fälle, in denen sich zwischen zwei Erhebungsverfahren der nationalen Regulierungsbehörde die Netzausbaupläne von Unternehmen verändern. Hier sollte erwogen werden, ob nicht eine Pflicht statuiert wird, die nationale Regulierungsbehörde über geänderte Netzausbaupläne unverzüglich zu informieren, also eine negative Absichtserklärung aus einem vorausgegangenen Erhebungsverfahren zu korrigieren. Dies könnte durch Einfügung eines neuen Absatzes 4a umgesetzt werden:

„(4a) Sofern ein Unternehmen im Verfahren nach Absatz 3 keine Absicht zum Netzausbau für ein Gebiet mit Netzausbaudefizit bekundet hat, ist es verpflichtet, die nationale Regulierungsbehörde sowie alle lokalen, regionalen und nationalen Behörden, die für die Vergabe öffentlicher Mittel für den Ausbau elektronischer Kommunikationsnetze in dem entsprechenden Gebiet mit Netzausbaudefizit zuständig sind, unverzüglich über eine veränderte Ausbauplanung entsprechend Absatz 1 zu informieren. Die Nichtanzeige einer veränderten Ausbauplanung kann als irreführende Information im Sinne des Artikels 20 oder 21 angesehen werden.“

cc) Zwischenergebnis

Insgesamt ist das Verfahren des Art. 22 Kodex daher im vorliegenden Entwurf nicht völlig überzeugend ausgestaltet. Sofern man es für grundsätzlich sinnvoll erachtet und damit ein unmittelbarer Beitrag zum Breitbandausbau geleistet werden soll, sollte auf europäischer Ebene eine Erweiterung des Verfahrens dahingehend erwogen werden, dass zum einen aus der Feststellung eines Gebietes mit Netzausbaudefizit eine unmittelbar ausbaufördernde Konsequenz folgt. Zum anderen sollte erwogen werden, die Abgabe einer Ausbauabsichtsverpflichtung mit einer höheren Verbindlichkeit auszustatten, als dies bisher vorgesehen ist, um strategische Absichtsbekundungen zu unterbinden.

e) Umsetzungsbedarf und -optionen

Soweit durch Art. 22 Abs. 1 Kodex bzw. eine entsprechende nationale Regelung die BNetzA dazu verpflichtet wird, einen Netzabdeckungs- bzw. Netzausbauplan zu erstellen, kann als Grundlage der Breitbandatlas der Bundesregierung dienen, der zunächst vom BMWi erstellt worden ist und nunmehr im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) regelmäßig veröffentlicht wird.³³ Mit dem Breitbandatlas der Bundesregierung gibt es in Deutschland bereits heute eine Übersicht über den aktuellen Stand des Breitbandausbaus, die auch in ihrer Granularität den Vorgaben des Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex entsprechen dürfte.

Gleichwohl wird Art. 22 Kodex im Falle seines Inkrafttretens verschiedene gesetzliche Anpassungen erforderlich machen:

(1) Informationen nach Art. 22 Abs. 1 Kodex müssten künftig durch die BNetzA als nationale Regulierungsbehörde erhoben und verwaltet werden.

³³ www.zukunft-breitband.de.

(2) Zusätzlich zu den Informationen über den Status quo des Breitbandausbaus müssen künftig auch Informationen über Netzausbaupläne von Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen erhoben werden, die den Aufbau bzw. die Modernisierung von Netzen in drei Kategorien betreffen: (1) NGA-Netze mit weniger als 100 MBit/s Downlink; (2) NGA-Netze mit mehr als 100 Mbit/s Downlink; (3) Netze, die die Voraussetzungen eines Netzes mit sehr hoher Kapazität i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Kodex erfüllen, die also FTTH-/FTTB-Leistungsparameter aufweisen.

(3) Die Informationen im derzeitigen Breitbandatlas der Bundesregierung beruhen auf freiwilligen Angaben der Telekommunikationsunternehmen. Hier müsste eine gesetzliche Auskunftspflicht über den aktuellen Netzausbaustand ebenso wie über Netzausbaupläne geschaffen werden.

(4) Neu wäre das Absichtsbekundungsverfahren des Art. 22 Abs. 3 Kodex in das TKG aufzunehmen, wobei dabei die nach Art. 22 Abs. 7 Kodex vom GEREK zu verabschiedenden Leitlinien zu berücksichtigen sein werden.

(5) Ebenfalls neu wären Regelungen zum Behördenaustausch von Informationen nach Art. 22 Abs. 5 Kodex einzufügen, die sicherstellen, dass sowohl andere Bundesbehörden als auch Kommunal- und Landesbehörden Informationen erlangen, die für ihre breitbandausbaubezogene Tätigkeit erforderlich sind.

(6) Soweit durch Art. 22 Abs. 6 Kodex die Bereitstellung eines Informationswerkzeuges für Endnutzer durch die nationalen Regulierungsbehörden zum Stand des Breitbandausbaus vorgeschrieben werden soll, würde bereits der Breitbandatlas der Bundesregierung mit seinen derzeitigen Recherchefunktionen diese Voraussetzungen erfüllen.

4. Universaldienst, Art. 78 ff. Kodex

In der aktuellen Debatte um den Breitbandausbau wurde verschiedentlich thematisiert, inwieweit das Universaldienstregime zum Vorantreiben des Netzausbaus instrumentalisiert werden kann.³⁴ Der Kodexentwurf enthält zwar eine umfassende Neugestaltung des Universaldienstes. Allerdings sieht die Kommission im Universaldienst auch weiterhin nur ein Instrument, mit dem eine erschwingliche kommunikative Mindestversorgung gewährleistet werden soll, das aber nicht für die Erreichung von Breitbandzielen eingesetzt werden soll, die über eine solche Mindestversorgung hinausgehen. Insbesondere der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Kodex wird nicht zum Gegenstand des Universaldienstes gemacht. Zwar zählt zum kommunikativen Mindestniveau – wie bisher schon – auch ein funktionaler Internetzugang. Ein solcher Internetzugang muss gemäß Anhang V zum Kodex neben einer Reihe von Diensten, die geringe Qualitätsanforderungen haben, wie etwa E-Mail (Nr. 1), Websuche (Nr. 2) oder die Nutzung elektronischer Behördenleistungen, auch Dienste mit höheren Bandbreitenanforderungen wie Anrufe und Videoanrufe in Standardqualität (Nr. 11) ermöglichen. Allerdings sind auch solche Dienste mit Bandbreiten möglich, die deutlich

³⁴ Dazu *Fetzer*, Breitbandinternet als Universaldienst, in: MMR 2011, 707 ff.

unter denen von FTTH- und FTTB-Anschlüssen liegen, wie sie nur dem Konnektivitätsziel des Kodex genügen.³⁵

Die Zurückhaltung beim Einsatz des Universaldienstregimes zur Erreichung des Konnektivitätsziels ist zu unterstützen. Der Universaldienst dient traditionell zur Sicherstellung einer erschwinglichen Mindestversorgung ggf. auch mit Hilfe von staatlichen Subventionen.³⁶ Der Breitbandausbau soll ausgehend von der wettbewerblichen Organisation des Telekommunikationssektors in erster Linie durch private Investitionen bewerkstelligt werden.³⁷ Auf private Investitionen kann die Aussicht einer späteren staatlichen Subventionierung des Netzausbaus im Rahmen des Universaldienstes jedoch negativ wirken, so dass dieser erst dann zum Einsatz kommen sollte, wenn die Möglichkeit eines privat finanzierten Netzausbaus in einem bestimmten Gebiet mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.

5. Weitere Maßnahmen zur Förderung des Breitbandausbaus

Der Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Kodex erfordert in erster Linie private Investitionen in den Infrastrukturausbau. Eine wesentliche Zielsetzung des neuen Rechtsrahmens ist daher die Schaffung von Investitionsanreizen in den Infrastrukturausbau.³⁸ Telekommunikationsnetze stehen traditionell im Zentrum der Marktregulierung. Neben den bisher erwähnten Maßnahmen sieht der Kodex daher auch eine stärkere Fokussierung der bestehenden Marktregulierung auf Investitionsanreize für Netze mit sehr hoher Kapazität vor.³⁹ Daneben werden im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Marktregulierung auch eine Reihe neuer Regelungen zur Förderung des Breitbandausbaus vorgeschlagen. Zu nennen ist insbesondere die Regelung des Art. 74 Kodex. Auf die Rolle der Marktregulierung beim Breitbandausbau sowie die hierzu vorgeschlagenen neuen Maßnahmen soll aufgrund ihrer zentralen Bedeutung sogleich in einem gesonderten Abschnitt eingegangen werden.⁴⁰

6. Zwischenergebnis

Der Ausbau von Netzen, die die Leistungscharakteristika von FTTH- bzw. FTTB-Anschlüssen erreichen, wird durch den Kodex zum zentralen Regulierungsziel erhoben, an dem sich die gesamte Telekommunikationsregulierung ausrichten muss. Hierbei sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden, dass Technologien (insbesondere Kabelnetze), die einen wesentlichen Beitrag zum Breitbandausbau und damit auch zum

³⁵ So empfiehlt Skype für Videotelefonate in Standardqualität eine Down- und Upload-Geschwindigkeit von jeweils mindestens 500 Kbit/s: <https://support.skype.com/de/faq/FA1417/wie-viel-bandbreite-braucht-skype>.

³⁶ Nach dem bisherigen Regime erfolgt die Subventionierung zwar nicht aus staatlichen Mitteln, sondern wird solidarisch von allen zum Universaldienst Verpflichteten finanziert. Unternehmen, die Universaldienstleistungen erbringen müssen, wird so ein finanzieller Ausgleich gewährt. Nach Art. 86 Kodex soll dieser Ausgleich künftig auch aus dem Staatshaushalt, also aus staatlichen Mitteln erfolgen, so dass hier sogar eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen kann.

³⁷ Kodex, Erwägungsgrund 3.

³⁸ Kodex, Erwägungsgrund 3.

³⁹ Kodex, Begründung, S. 17.

⁴⁰ Dazu unten B II.

Infrastrukturwettbewerb leisten können, nicht allein aufgrund ihrer im Vergleich zu FTTH-/FTTB-Netzen geringeren Leistungsfähigkeit a priori regulatorisch benachteiligt werden.

Der Kodex stellt mit dem Konnektivitätsziel anders als der geltende Rechtsrahmen nicht mehr nur vorrangig auf den Netzausbau ab, sondern fordert auch eine Förderung der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität, indem er die Gewährleistung von Konnektivität auf Grundlage solcher Netze zum vorrangigen Regulierungsziel erhebt. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen daher künftig nicht mehr nur den Ausbau und die Verfügbarkeit von Hochgeschwindigkeitsnetzen gewährleisten, sondern auch deren Nutzung fördern. Da sie hierauf derzeit weder institutionell noch funktional ausgerichtet sind, müsste entweder eine entsprechende Aufgabenzuweisung an sie oder an die derzeit in der politischen Diskussion befindliche Digitalagentur erfolgen.

Soweit durch den Kodex Elemente der hoheitlichen Netzplanung in Gestalt von Art. 22 Kodex neu eingeführt werden sollen, kann dies die Investitionsunsicherheit für Gebiete mit Netzausbaufizit reduzieren und so einen positiven Beitrag zum Breitbandausbau leisten. Denkbar sind allerdings auch negative Effekte: Zum einen wird eine zusätzliche administrative Belastung für Unternehmen und nationale Regulierungsbehörden geschaffen, deren Nutzen aufgrund der fehlenden unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen nicht klar absehbar ist. Zum anderen wird damit ein Instrument geschaffen, das ggf. auch kontraproduktiv wirken kann, wenn es Unternehmen eine strategische Möglichkeit eröffnet, über die Netzausbaupläne von Wettbewerbern frühzeitig Informationen zu erlangen.

Positiv zu bewerten ist, dass in Fortführung der bestehenden Rechtslage auch künftig das Universaldienstregime nicht zur Erreichung der Breitbandausbauziele herangezogen werden soll, sondern weiterhin nur der Gewährleistung einer erschwinglichen telekommunikativen Grundversorgung dient.

II. Investitionsanreize in der Marktregulierung

1. Bedeutung der Marktregulierung für den Breitbandausbau

Der flächendeckende Aufbau von FTTH/FTTB-Netzen erfordert allein für die Bundesrepublik nach Schätzungen der Bundesregierung Infrastrukturinvestitionen von bis zu 100 Milliarden Euro.⁴¹ Ein Großteil dieser Investitionen soll wettbewerbsgetrieben durch private Telekommunikationsunternehmen getätigt werden. Ein wesentlicher Faktor für die Investitionsentscheidung von Unternehmen sind die regulatorischen Rahmenbedingungen. Der Rechtsrahmen kann dabei grundsätzlich an zwei Punkten ansetzen, um Investitionsanreize zu erhöhen:

Zum einen können rechtliche Maßnahmen dazu beitragen, die Kosten des Breitbandausbaus zu reduzieren und so den Ausbau in mehr Regionen attraktiv machen. Hier setzen im

⁴¹ BMWi, Digitale Strategie 2025, S. 13.

Wesentlichen die Kostensenkungsrichtlinie⁴² der Europäischen Union und das diese in nationales Recht umsetzende DigiNetzG⁴³ an, indem sie insbesondere umfangreichere Mitbenutzungsrechte zu vorhandener passiver Infrastruktur sowie Koordinationspflichten bei Tiefbauarbeiten schaffen.

Zum anderen können rechtliche Rahmenbedingungen Investitionsanreize dergestalt schaffen, dass Unternehmen, die in den Netzausbau investieren, die Finanzierung der Netzausbaukosten sowie die Erzielung einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital ermöglicht bzw. erleichtert wird. Zentraler Ansatzpunkt hierfür ist die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung, die mit ihren Kernelementen der Netzzugangs- und Zugangsentgeltregulierung die Renditeerwartung von Infrastrukturinvestoren und damit deren Investitionsbereitschaft nachhaltig beeinflusst.

Netzzugangsrechte sind in der bisherigen Telekommunikationsregulierung das zentrale Element zur Schaffung und Gewährleistung von Wettbewerb gewesen, um sowohl den Dienste- als auch den Infrastrukturwettbewerb zu stimulieren. Grundsätzlich ist die Netzzugangsregulierung dabei asymmetrisch ausgestaltet, d.h. ihr unterliegen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

Netzzugangsrechte können allerdings sowohl für solche Unternehmen, die Zugang zu ihrem Netz gewähren müssen, als auch für solche Unternehmen, die Zugang zu dieser Infrastruktur begehren, negative Investitionsanreize setzen.⁴⁴ Ein Unternehmen, das antizipieren kann, im Falle einer erfolgreichen Infrastrukturinvestition die neue Infrastruktur seinen Wettbewerbern zur Verfügung stellen zu müssen, investiert potenziell zurückhaltender als es der Fall wäre, wenn ihm eine erfolgreiche Infrastrukturinvestition einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten bringt. Ein Telekommunikationsunternehmen, das spiegelbildlich vorhersehen kann, dass es Zugang zu fremden Infrastrukturen erhält, ohne dabei ein eigenes Investitionsrisiko tragen zu müssen, hat potenziell ebenfalls einen verminderten Anreiz, in eigene Netze zu investieren. Die skizzierten Unterinvestitionsrisiken steigen dann an, wenn ein hohes Investitionsrisiko besteht, wie dies im Fall des Breitbandausbaus der Fall ist: Selbst wenn allgemein davon ausgegangen wird, dass Breitbandnetze künftig elementare Voraussetzung für eine ganze Reihe von Nutzungen sein werden, ist nicht eindeutig vorhersehbar, wann die Nachfrage nach Netzzugängen mit sehr hoher Kapazität entsprechend so ansteigt, dass sich die Ausbaukosten refinanzieren lassen.⁴⁵

Während die Telekommunikationsmarktregulierung bisher dieses Dilemma zwischen Wettbewerb und Infrastrukturinvestitionsanreizen nicht prioritär behandeln musste, weil es im Wesentlichen um die Regulierung bestehender Netze ging, muss die Marktregulierung

⁴² Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.4.2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. L 155 v. 23.5.2014, S. 1.

⁴³ Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus Digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze v. 4.11.2016, BGBl. 2016 I, S. 2473 ff.

⁴⁴ Ausführlich dazu m.w.N. *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, S. 346 ff.

⁴⁵ Kodex, Erwägungsgrund 178.

künftig aktiv die Balance zwischen Wettbewerbsgewährleistung und Netzausbau finden. Es muss dabei künftig stärker als bisher im Einzelfall bei der Entscheidung über das „Ob“ einer Zugangsverpflichtung abgewogen werden, welche Auswirkungen sich hieraus für den Breitbandausbau ergeben.

Ein zentraler Aspekt ist dabei auch die Vorleistungsentgeltregulierung, die letztlich durch die Festlegung der erzielbaren Rendite ein wesentlicher Einflussfaktor für Investitionsentscheidungen ist. Die Vorleistungsentgeltregulierung betrifft einen wesentlichen Aspekt des „Wie“ des Infrastrukturzugangs. Sofern daher künftig Netzzugangsverpflichtungen auferlegt werden, setzt sich die Frage nach den Auswirkungen auf Investitionsanreize auf der Stufe der Festlegung der konkreten Vorleistungsentgelte fort. Vereinfacht gesagt reduzieren niedrige Vorleistungsentgelte für den Zugang zu neuen Netzen Infrastrukturinvestitionsanreize in solche Netze, stärken aber – jedenfalls kurzfristig – den (Dienste-) Wettbewerb. Hohe Vorleistungsentgelte erhöhen die Infrastrukturinvestitionsanreize, reduzieren aber potenziell – ebenfalls jedenfalls kurzfristig – den Wettbewerb. Die Komplexität wird weiter dadurch erhöht, dass neben dem Vorleistungsentgelt für den Zugang zu neuen Infrastrukturen auch ein Entgelt für den Zugang zu Kupfernetzen zumindest vorübergehend fortbestehen wird. Auch dieses ist zu berücksichtigen, da ein niedriges Vorleistungsentgelt für den Zugang zu Kupfernetzen die Nachfrage nach Zugang zu Netzen mit sehr hoher Kapazität und damit die wettbewerbliche Situation bei solchen Netzen beeinflusst.⁴⁶

In der Folge soll daher untersucht werden, welche Unternehmen nach dem Kodexentwurf künftig der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung unterliegen, wie die Netzzugangsregulierung ausgestaltet ist und wie im Rahmen der Vorleistungsentgeltregulierung Investitionsanreize implementiert werden sollen sowie welche weiteren marktregulierungsbezogenen Maßnahmen der Kodex vorsieht.

2. Persönlich-sachlicher Anwendungsbereich der Marktregulierung

Die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung ist seit der TKG-Novelle 2004 weitgehend asymmetrisch ausgestaltet. Das bedeutet, dass grundsätzlich der Marktregulierung nach Teil 2 des TKG nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen, deren Vorliegen im Verfahren von Marktdefinition und Marktanalyse von der BNetzA ausdrücklich festgestellt werden muss. Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht unterliegen hingegen nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 18 TKG einer ex-ante-Regulierung, mit der der Ende-zu-Ende-Verbund sichergestellt werden soll. Das Modell der asymmetrischen Marktregulierung wird dabei europarechtlich durch Art. 14 ff. Rahmen-RL vorgegeben.

Der Kodex behält diesen Regulierungsansatz grundsätzlich bei. Er erweitert allerdings zum einen den sachlichen Anwendungsbereich der marktmachtunabhängigen – symmetrischen – Regulierungsverpflichtungen (3.). Zum anderen soll die marktmachtabhängige –

⁴⁶ Dazu *Bourreau/Cambini/Dogan*, Access pricing, competition, and incentives to migrate from „old“ to „new“ technology, *International Journal of Industrial Organization* 2012, S. 713 ff.

asymmetrische – Regulierung stärker auf das neue europäische Konnektivitätsziel ausgerichtet werden (4.).⁴⁷

3. Symmetrische Marktregulierung

a) Vorgeschlagene Neuregelung

Art. 59 Kodex normiert Zugangsregelungen, die für alle Unternehmen unabhängig davon gelten, ob sie über beträchtliche Marktmacht verfügen. Art. 59 Abs. 1 lit. a) und lit. b) Kodex schreiben die bereits existierenden Regelungen zur Gewährleistung des Ende-zu-Ende-Verbundes fort, mit denen alle Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren (im Regelfall Teilnehmernetzbetreiber), dazu verpflichtet werden können, Wettbewerbern Netzzugang zu gewähren bzw. die Interoperabilität ihrer Dienste zu gewährleisten. Dies entspricht auf nationaler Ebene im Wesentlichen § 18 TKG.⁴⁸

Neu ist hingegen die Vorschrift des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex. Danach sollen die nationalen Regulierungsbehörden unabhängig von der Erforderlichkeit zur Gewährleistung des Ende-zu-Ende-Verbundes auch Unternehmen ohne Marktmacht eine Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang zu einer bestehenden Inhouse-Verkabelung oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt auferlegen können. Nach Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex soll eine solche Zugangsverpflichtung im Einzelfall sogar auf Netzbestandteile jenseits des ersten Verteilpunkts erstreckt werden können. Die Kommission begründet diese signifikante Erweiterung des Anwendungsbereichs der symmetrischen Zugangsregulierung damit, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit haben müssten, zu nicht replizierbaren Anlagen grundsätzlich den Zugang durch Dritte anordnen zu können.⁴⁹ Im Hintergrund steht dabei wohl auch die Erwägung, dass durch solche Mitbenutzungsrechte an der vorhandenen Infrastruktur die Ausbaukosten gesenkt werden könnten.

Ebenfalls neu ist, dass die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 59 Abs. 4 Kodex die Wirkungen von Verpflichtungen, die sie nicht marktmächtigen Unternehmen auferlegt haben, nach Erlass einer Maßnahme untersuchen und das Ergebnis dieser Untersuchung bekanntgeben müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen also nicht nur überprüfen, ob sie entsprechende Verpflichtungen auferlegen bzw. aufrechterhalten, sie müssen vielmehr auch ausdrücklich eine Wirkanalyse durchführen und zu den Wirkungen der Verpflichtungen Stellung nehmen.

b) Bewertung

Die vorgeschlagenen Neuerungen bedeuten in zweifacher Hinsicht eine signifikante Abkehr vom gegenwärtigen Modell der eingeschränkten symmetrischen Regulierung und sind kritisch zu betrachten:

⁴⁷ Kodex, Erwägungsgrund 146.

⁴⁸ Neu ist in diesem Zusammenhang die Möglichkeit, gemäß Art. 59 Abs. 1 lit. c) Kodex nicht nur Netzbetreibern, sondern auch OTT-Diensten entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen. Dazu ausführlich unten B III.

⁴⁹ Kodex, Erwägungsgrund 139.

(1) Ausgehend von der gegenwärtigen Rechtslage ist die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen an nicht marktmächtige Unternehmen stets davon abhängig, dass ein zugangsverpflichtetes Unternehmen den Zugang zu Endnutzern kontrolliert und dass die Gewährung von Netzzugang zur Sicherstellung des Ende-zu-Ende-Verbundes erforderlich ist. Im Gegensatz dazu soll Voraussetzung für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung künftig gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 Kodex nur sein, dass „die Replizierung dieser Netzbestandteile wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre“. Zwar gilt auch weiterhin nach Art. 59 Abs. 2 S. 2 Kodex, dass der so auferlegte Zugang nur gegen ein Entgelt gewährt werden muss, welches die Kosten des Zugangs deckt. Dies ändert freilich nichts an der Einschätzung, dass hier eine mehrfach problematische Ausweitung der symmetrischen Regulierung vorgeschlagen wird:

(a) Zugangsverpflichtungen greifen in Grundrechte des Infrastruktureigentümers ein. Namentlich sind hier die Berufsfreiheit des Art. 12 GG und die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, respektive die entsprechenden unionsrechtlichen Gewährleistungen der Art. 16 Grundrechte-Charta und Art. 17 Grundrechte-Charta betroffen. Solche Eingriffe sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie in verhältnismäßiger Weise einem legitimen Zweck dienen. Als Zweck der Regelung gibt die Europäische Kommission allein an, dass eine Replizierbarkeit wirtschaftlich ineffizient oder sogar unmöglich ist.⁵⁰ Aus den Erwägungsgründen ergibt sich, dass selbst die Existenz mehrerer Infrastrukturen nicht als Beweis für die Replizierbarkeit genügen soll.⁵¹ Es besteht damit die Gefahr, dass die marktmachtunabhängige Zugangsregulierung – unabhängig von der Notwendigkeit zur Sicherstellung des Ende-zu-Ende-Verbundes – erheblich ausgeweitet wird; auch auf bisher nicht regulierte Infrastrukturen, etwa Kabel- und Mobilfunknetze.

Dies begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken, weil grundsätzlich allein aufgrund der Tatsache, dass bestimmte Eigentumsgegenstände nicht ohne weiteres replizierbar sind, ein Zugangsanspruch für Wettbewerber ausgelöst werden kann. Dies ist ein Fremdkörper in der Eigentumsordnung, die von der grundsätzlichen Privatnützigkeit des Eigentums ausgeht, der kaum mit Gründen des Allgemeinwohls zu rechtfertigen ist. Jedenfalls scheint allein das Ziel, die Ausbaurkosten für den Breitbandausbau zu senken und ineffiziente Infrastrukturinvestitionen zu verhindern, nicht ausreichend, um in verhältnismäßiger Weise die Grundrechte auch von nicht marktmächtigen Unternehmen so undifferenziert zu beschränken.

Zugangsansprüche im Falle mangelnder Replizierbarkeit von Eigentumsgegenständen sind zwar auch im Kartellrecht im Rahmen der Essential-Facility-Doktrin bei der Anwendung von Art. 102 AEUV bzw. § 19 Abs. 4 GWB bekannt. Auch dort genügt aber nicht allein die fehlende (wirtschaftliche) Replizierbarkeit für die Verpflichtung zur Zugangsgewährung. Vielmehr fordert der EuGH zusätzlich, dass eine Zugangsverweigerung geeignet sein muss, jeden Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschließen, und dass die

⁵⁰ Kodex, Erwägungsgrund 139.

⁵¹ Kodex, Erwägungsgrund 139.

Verweigerung des Zugangs nicht objektiv gerechtfertigt sein darf.⁵² Nur dann soll eine (kartellrechtliche) Pflicht zur Zugangsgewährung für den Infrastruktureigentümer bestehen.

Änderungsanregung 4

Im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens sollte zum Schutz der Grundrechte der Infrastruktureigentümer darauf hingewirkt werden, zumindest eine den kartellrechtlichen Grundsätzen vergleichbare Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 59 Abs. 2 Kodex in die Norm aufzunehmen. Die Zugangsgewährung sollte also nur dann auferlegt werden können, wenn der Aufbau eines eigenen Netzes wirtschaftlich nicht möglich ist, wenn ohne Zugang ein Wettbewerbsproblem auf dem entsprechenden Endkundenmarkt entsteht und sofern eine Zugangsverweigerung nicht objektiv gerechtfertigt werden kann.

(b) Neben den rechtlichen Einwänden bestehen gegen die Ausweitung der symmetrischen Regulierung auch Bedenken im Hinblick auf die damit verbundenen Auswirkungen auf Infrastrukturinvestitionen. Gerade für neue und nicht marktmächtige Telekommunikationsanbieter kann ein erfolgreiches Geschäftsmodell darin liegen, Breitbandnetze möglichst als Erste in unterversorgten Gebieten auszubauen, in denen sie damit eine gewisse Monopolstellung erlangen können. Der Anreiz hierzu wird potenziell reduziert, wenn solche Unternehmen befürchten müssen, dass sie im Falle eines erfolgreichen Infrastrukturausbaus ihr Netz auch Wettbewerbern zur Verfügung stellen müssen, selbst wenn sie nicht marktmächtig und damit grundsätzlich nicht reguliert sind. Zwar sollen die nationalen Regulierungsbehörden marktmachtunabhängigen Zugang dann nicht auferlegen, wenn es um neue Netzbestandteile geht. Allerdings bezieht sich diese Einschränkung des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 lit. b) Kodex nur auf die in Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex genannte Möglichkeit, Netzzugang auch auf Netzbestandteile jenseits des ersten Verteilpunktes anzuordnen, nicht hingegen auf die Grundnorm des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex, also auf den Netzzugang bis zum ersten Verteilpunkt.⁵³

Sofern durch Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex sichergestellt werden soll, dass Unternehmen die Kontrolle über eine Infrastruktur nicht zulasten der Endverbraucher missbräuchlich ausnutzen, könnte dies bereits über Art. 59 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex erreicht werden. Die Sicherstellung des Ende-zu-Ende-Verbundes kann die weitgehende Regelung des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex also ebenfalls nicht rechtfertigen.

Änderungsanregung 5

Insgesamt ist die Regelung des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex zu weitgehend, rechtlich bedenklich und schafft Risiken für den Breitbandausbau in bisher unversorgten Gebieten. Im

⁵² EuGH, v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. I 7791 – *Bronner*.

⁵³ In diesem Sinne auch Kodex, Erwägungsgrund 141.

weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte daher zumindest erwogen werden, die Ausnahme des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 Kodex auch auf Art. 59 Abs. 2 UAbs. 1 Kodex auszudehnen.

(2) Die Regelung des Art. 59 Abs. 2 Kodex ist darüber hinaus in ihrem sachlichen Anwendungsbereich nicht hinreichend präzise formuliert. Nach UAbs. 1 der Vorschrift kann der Zugang nicht nur für Inhouse-Verkabelung, sondern bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt angeordnet werden. Letzteres würde in Deutschland regelmäßig dem Kabelverzweiger (KVZ) entsprechen, so dass unabhängig von der Notwendigkeit zur Gewährleistung des Ende-zu-Ende-Verbundes marktmachtunabhängiger Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung angeordnet werden könnte. Nach UAbs. 2 der Norm kann im Einzelfall Netzzugang sogar über den ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt hinaus angeordnet werden. Dies soll insbesondere in Gegenden mit geringerer Bevölkerungsdichte möglich sein, sofern nachgewiesen wird, dass eine Replizierbarkeit auch jenseits des ersten Verteilpunktes nicht wirtschaftlich möglich ist.⁵⁴ Zwar sehen die Erwägungsgründe vor, dass dieser Punkt so nahe wie möglich beim Endnutzer liegen soll.⁵⁵ Der Gesetzeswortlaut des Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex würde in diesem Fall aber auch eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung bis hin zur Vermittlungsstelle decken und zwar allein deshalb, weil eine Duplizierung der Infrastruktur für Dritte nicht wirtschaftlich möglich ist, ohne dass es der gesonderten Feststellung eines Wettbewerbsproblems auf einem Endkundenmarkt bedürfte.

Diese Form des marktmachtunabhängigen Netzzugangs soll nach Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 Kodex zwar nicht auferlegt werden, soweit es sich um neue Netzbestandteile handelt. Allerdings ist auch im Hinblick auf bestehende Netzbestandteile die Ausweitung des Anwendungsbereichs der marktmachtunabhängigen Zugangsregulierung im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte der Infrastruktureigentümer kaum zu rechtfertigen.

Änderungsanregung 6

Im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens sollte auf europäischer Ebene eine weitere Konkretisierung dahingehend erfolgen, welche Netzbestandteile jenseits eines KVZ erfasst sein können. Jedenfalls sollte erwogen werden, eine entsprechende Befugnis des GEREK zur Festlegung von diesbezüglichen Leitlinien in Art. 59 Abs. 6 Kodex aufzunehmen, der dem GEREK bisher nur die Befugnis zum Erlass von Leitlinien über die einheitliche Definition des Netzabschlusspunktes einräumt. Zudem sollte auch bei Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 Kodex die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nicht nur an die Unwirtschaftlichkeit der Replizierbarkeit eines Netzelements geknüpft werden, sondern ebenso wie im Kartellrecht von zusätzlichen Voraussetzungen (Beschränkung des Wettbewerbs auf angrenzenden

⁵⁴ Kodex, Erwägungsgrund 140, wobei die deutsche Sprachfassung hier offenbar einen Übersetzungsfehler aufweist, wenn sie statt auf die Unmöglichkeit auf die Möglichkeit der Replizierung abstellt.

⁵⁵ Kodex, Erwägungsgrund 140.

Märkten, keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung) abhängig gemacht werden.

Trotz aller Kritik ist eine vorgeschlagene Neuregelung im Rahmen des Art. 59 Kodex positiv zu bewerten: Die durch Art. 59 Abs. 4 Kodex statuierte Pflicht zur regelmäßigen Durchführung einer Wirkanalyse im Hinblick auf auferlegte Zugangsverpflichtungen. Dies trägt dazu bei, dass nationale Regulierungsbehörden über die Zeit ein besseres Verständnis für die Auswirkungen von Regulierungseingriffen entwickeln und damit das Regulierungsinstrumentarium künftig stärker empirisch abgesichert anwenden können. Hier ist zu erwägen, ob eine solche Wirkanalysenpflicht nicht auch auf den Bereich der marktmachtabhängigen Regulierung ausgedehnt werden kann.⁵⁶

4. Asymmetrische Marktregulierung

Das Kernstück der Marktregulierung bildet die marktmachtabhängige Regulierung. Sie erfolgt in einem Dreiklang aus Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung von Vorabverpflichtungen. Der Kodex behält dieses grundsätzliche Konzept bei, modifiziert es aber insbesondere im Hinblick auf das neue Konnektivitätsziel teilweise deutlich. Eine wesentliche Modifikation liegt darin, dass die Marktregulierung auf der Stufe der Auferlegung von Verpflichtungen künftig eine Zweiteilung erfährt: Während für bereits bestehende Infrastrukturen die Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 66 Kodex weitgehend entlang der bekannten Strukturen verläuft, sieht Art. 74 Kodex für neue Netzbestandteile eine Sonderregelung dergestalt vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellung von der Vorabregulierung erfolgen kann. In beiden Fällen sind allerdings weiterhin zunächst Marktdefinition und Marktanalyse durchzuführen.

a) Marktdefinition, Art. 62 Kodex

Wie schon bisher soll die Europäische Kommission auch künftig nach Art. 62 Abs. 1 Kodex in einem ersten Schritt eine Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte (Empfehlung) veröffentlichen. Sie nimmt in diese Empfehlung gemäß Art. 62 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex solche Märkte auf, für die der Drei-Kriterien-Test des Art. 65 Abs. 1 Kodex erfüllt ist. Formal bedeutet dies insofern eine Änderung, als der Drei-Kriterien-Test zwar bisher schon angewendet wird, seine Rechtsgrundlage aber (nur) in der entsprechenden Kommissionsempfehlung findet,⁵⁷ im bestehenden Richtlinienrecht in Art. 15 Abs. 1 Rahmen-RL hingegen nur allgemein davon gesprochen wird, dass Märkte in die Empfehlung aufzunehmen sind, „deren Merkmale die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“. Der Kodex führt also zu einer Hochzoning des Drei-Kriterien-Tests aus dem Tertiärrecht (Kommissionsempfehlung) in das

⁵⁶ Dazu unten B II. 3.

⁵⁷ Empfehlung 2014/710/EU der Kommission v. 9.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. L 295 v. 11.10.2014, S. 79.

Sekundärrecht (Kodex-Richtlinie). Inhaltlich wird der bisherige Drei-Kriterien-Test hingegen weitgehend unverändert übernommen. Demnach kommen Märkte dann für eine Vorabregulierung in Betracht, wenn folgende drei Kriterien erfüllt sind:

1. Es bestehen beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittsschranken;
2. der Markt tendiert angesichts des Standes des Infrastrukturwettbewerbs und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken strukturell innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb;
3. das Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.

Die nationalen Regulierungsbehörden müssen auch künftig ausgehend von der Kommissionsempfehlung nach Art. 65 Abs. 3 Kodex im zweiten Schritt für ihr Hoheitsgebiet Märkte definieren, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. Hierbei müssen sie künftig auch die Ergebnisse der nach Art. 22 Abs. 1 Kodex durchgeführten geographischen Erhebung berücksichtigen. Neu ist in diesem Zusammenhang auch, dass nach Art. 63, 64 Kodex ein Verfahren unter Federführung des GEREK zur Definition länderübergreifender Märkte installiert werden soll. Sie haben derzeit eine eher geringe Relevanz, können aber möglicherweise in Zukunft an Bedeutung gewinnen.

b) Marktanalyse, Art. 65 Kodex

Die zweite Stufe des Marktregulierungsverfahrens bildet auch künftig die Marktanalyse, bei der die nationalen Regulierungsbehörden analysieren müssen, ob für einen zuvor definierten Markt konkret die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests erfüllt sind, Art. 65 Abs. 1 Kodex. Neu im Richtlinienrecht ist allerdings insofern, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests dann nicht ausdrücklich prüfen müssen, wenn sie der Empfehlung der Kommission folgen. In diesem Fall enthält Art. 65 Abs. 1 UAbs. 3 Kodex eine Vermutungsregelung, wonach der Drei-Kriterien-Test als erfüllt gilt.⁵⁸ Eine entsprechende Vermutungsregel findet sich bisher nur in der Empfehlung der Kommission.⁵⁹ Auch hier findet also wieder eine rechtliche Hochzonzung statt.

Neu aufgenommen wird in Art. 65 Abs. 2 Kodex die Pflicht für die nationalen Regulierungsbehörden, bei der Marktanalyse – über die entsprechende Prüfung im Rahmen des zweiten Kriteriums des Drei-Kriterien-Tests hinaus – eine zukunftsgerichtete Betrachtung vorzunehmen, bei der ein besonderes Augenmerk auf freiwillige Zugangsvereinbarungen sowie Ko-Investitionsvereinbarungen gelegt werden soll. Darüber hinaus sollen bei der Marktanalyse verstärkt auch Wettbewerbszwänge auf der Endkundenebene berücksichtigt werden, die ihre Ursache nicht im Wettbewerb auf der

⁵⁸ Unklar ist insofern die deutsche Übersetzung des Kodex, wonach die nationalen Regulierungsbehörden dann den Drei-Kriterien-Test ausdrücklich prüfen sollen, wenn sie der Empfehlung der Kommission folgen. Die englische Fassung des Kodex weist allerdings eindeutig daraufhin, dass im Falle der Befolgung der Kommissionsempfehlung eine gesonderte Feststellung des Drei-Kriterien-Tests nicht erforderlich sein soll.

⁵⁹ Empfehlung 2014/710/EU Ziff. 4.

Vorleistungsebene haben. Art. 65 Abs. 2 lit. c) Kodex greift damit den Umstand auf, dass bestimmte Telekommunikationsdienste auf Endkundenmärkten unter Wettbewerbsdruck von OTT-Anbietern geraten können. Prominentes Beispiel hierfür ist VoIP-Telefonie etwa über Skype, die in bestimmten (insbesondere Verbraucher-) Märkten von Nachfragern als funktionales Substitut wahrgenommen wird und damit den Wettbewerb im entsprechenden Endkundenmarkt für Sprachtelefonie belebt.

c) Auferlegung von Verpflichtungen

aa) Konnex zu Wettbewerbsproblemen auf Endkundenmärkten

Sofern eine nationale Regulierungsbehörde zu dem Ergebnis kommt, dass auf einem analysierten Markt die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen gerechtfertigt ist, ermittelt sie gemäß Art. 65 Abs. 4 i.V.m. Art. 61 Kodex, welches Unternehmen auf dem entsprechenden Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und erlegt ihm ggf. Verpflichtungen nach Art. 66 Kodex auf. Neu ist dabei, dass die Auferlegung solcher Regulierungsverpflichtungen nach Art. 65 Abs. 4 S. 2 Kodex ausdrücklich nur dann zulässig ist, wenn ohne eine solche Verpflichtung auf der Vorleistungsebene kein wirksamer Wettbewerb auf mindestens einem Endkundenmarkt herrscht.

Darin kommt eine Schärfung der Vorleistungsregulierung zum Ausdruck, die ihren Ursprung im neu formulierten Regulierungsziel des Art. 3 Abs. 3 lit. f) Kodex findet. Demnach sollen Vorabverpflichtungen künftig nur dann auferlegt werden können, wenn diese erforderlich sind, um wirksamen und beständigen Wettbewerb auf Endkundenmärkten sicherzustellen.⁶⁰ Zwar erfolgt die Vorleistungsregulierung auch bisher schon mit dem Ziel, Wettbewerb auf Vorleistungsmärkten zu stimulieren, in dessen Folge Wettbewerb auch auf Endkundenmärkten entsteht, so dass auf diesen Märkten insbesondere keine Preisregulierung erforderlich ist.⁶¹ Dementsprechend müssen die nationalen Regulierungsbehörden auch heute schon die Wettbewerbssituation in Endkundenmärkten berücksichtigen, wenn sie einen Vorleistungsmarkt analysieren.⁶² Bisher ist Ausgangspunkt der Überlegungen im Rahmen der Vorleistungsregulierung aber, ob es auf einem Vorleistungsmarkt ein Wettbewerbsproblem gibt. Ist dies der Fall, wird im Regelfall davon ausgegangen, dass eine Regulierung erforderlich ist, um mögliche Wettbewerbsprobleme auf zugehörigen Endkundenmärkten auszuschließen. Der Kodex scheint hier insofern eine Neuausrichtung vorzunehmen, als künftig Ausgangspunkt der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen ist, ob auf einem Endkundenmarkt tatsächlich ein Wettbewerbsproblem besteht, das durch die Regulierung des Vorleistungsmarktes behoben werden muss. Während bisher auch bei wirksamem Wettbewerb auf einem

⁶⁰ Die deutsche Übersetzung ist auch hier wieder unpräzise, soweit sie von einer Aufhebung von Vorabverpflichtungen auf Endkundenmärkten spricht. Präziser ist die englische Fassung des Art. 3 Abs. 3 lit. f) Kodex: „(f) imposing *ex ante* regulatory obligations only ~~where there is no~~ ⇨ to the extent necessary to secure ⇨ effective and sustainable competition ☒ on the retail market concerned ☒ and relaxing or lifting such obligations as soon as that condition is fulfilled.“

⁶¹ Art. 17 Universaldienst-RL.

⁶² Empfehlung 2014/710/EU Ziff. 4.

Endkundenmarkt der zugehörige Vorleistungsmarkt regelmäßig reguliert wird, sofern dort kein wirksamer Wettbewerb herrscht, ist es also künftig durchaus denkbar, dass auch bei fehlendem wirksamen Wettbewerb im Vorleistungsmarkt keine Vorleistungsregulierung auferlegt wird, weil auf dazugehörigen Endkundenmärkten kein Wettbewerbsproblem besteht.

Im Ergebnis werden die nationalen Regulierungsbehörden damit künftig stärker als bisher zu einer doppelten Wettbewerbsprüfung verpflichtet: Nur dann, wenn sowohl im Vorleistungs- als auch im Endkundenmarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, sollen sie Vorabverpflichtungen auferlegen.⁶³

bb) Sonderfall: Wholesale-Only-Netzbetreiber, Art. 77 Kodex

Für vertikal getrennte Unternehmen sieht Art. 77 Kodex eine Ausnahme vom Grundsatz vor, dass marktmächtigen Unternehmen nach Art. 66 Abs. 1 Kodex Vorabverpflichtungen nach den Artikeln 67 bis 75 und Artikel 76 Kodex auferlegt werden können. Gemäß Art. 77 Abs. 1 Kodex können die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen, die im Verfahren der Marktregulierung als marktmächtig eingestuft werden, die aber auf keinem Endkundenmarkt für elektronische Kommunikationsdienste tätig sind, nur einer eingeschränkten Vorabregulierung unterwerfen, sofern sie die Voraussetzungen des Art. 77 Abs. 1 a) und b) Kodex erfüllen. Demnach darf das marktmächtige Unternehmen sowie andere Konzernunternehmen ausschließlich auf Vorleistungsmärkten tätig sein (lit. a)) und es darf keine Exklusivvereinbarungen über den Netzzugang mit anderen Unternehmen abgeschlossen haben, die ihrerseits auf Endkundenmärkten tätig sind. Liegen diese Voraussetzungen vor, kann eine nationale Regulierungsbehörde einem marktmächtigen Unternehmen aus dem Instrumentenkasten der Vorabverpflichtungen nur noch Zugangsverpflichtungen nach Art. 70 und 71 Kodex auferlegen.⁶⁴ Insbesondere kommt die Entgeltgenehmigungspflicht nach Art. 72 Kodex grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Art. 77 Kodex liegt der Gedanke zugrunde, dass Netzbetreiber, die ein Wholesale-Only-Modell verfolgen, grundsätzlich keine Anreize haben, den Wettbewerb im entsprechenden Endkundenmarkt zulasten von Endkunden zu behindern. Vielmehr entspricht es ja gerade ihrem Geschäftsmodell, Vorleistungen möglichst vielen Nachfragern anzubieten, die dann auf Grundlage ihrer Vorleistungsprodukte ihrerseits den Wettbewerb in Endkundenmärkten beleben.

Allerdings besteht auch bei vertikal desintegrierten Unternehmen die Gefahr, dass diese Ausbeutungsstrategien verfolgen und insbesondere dann, wenn sie Infrastrukturmonopolisten sind, von Vorleistungsnachfragern überhöhte Entgelte fordern, die sich dann auch negativ auf den Wettbewerb und das Preisniveau auf dem dazugehörigen Endkundenmarkt auswirken. Dem trägt Art. 77 Abs. 4 Kodex Rechnung, der es den nationalen Regulierungsbehörden gestattet, im Falle von Wettbewerbsproblemen

⁶³ Kodex, Erwägungsgrund 157.

⁶⁴ Zum Verhältnis des Art. 70 Kodex zu Art. 71 Kodex siehe unten B II. 4.

auf Endkundenmärkten auch die übrigen Vorabverpflichtungen des Kodex anzuwenden, insbesondere auch die Vorabentgeltregulierung nach Art. 72 Kodex.

Der Kodex will Wholesale-Only-Modelle fördern, indem er die Regulierungsintensität für sie reduziert, da sie nach Auffassung der Europäischen Kommission zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt und damit auch auf Endkundenmärkten führen können.⁶⁵ Ein denkbarer Anwendungsbereich können kommunale Netze sein, sofern bei einer regionalen Marktabgrenzung der kommunale Netzbetreiber als marktbeherrschend eingestuft wird. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Vorschrift in der Bundesrepublik allerdings tatsächlich Relevanz entfalten wird, da solche Geschäftsmodelle jedenfalls bisher nicht weit verbreitet sind.

d) Regulierungsperiode, Art. 65 Abs. 5 Kodex

Der Kodex sieht auch eine Verlängerung der Regulierungsperiode von derzeit drei auf künftig fünf Jahre vor, die im Einzelfall um ein weiteres Jahr verlängert werden kann, Art. 65 Abs. 5 Kodex. Mit der Verlängerung der Regulierungsperiode auf fünf Jahre will die Kommission die Planungssicherheit für regulierte Unternehmen verbessern, um so ggf. auch deren Investitionsbereitschaft zu erhöhen.⁶⁶

e) Sunset, Art. 65 Abs. 3 UAbs. 2 Kodex

Eine positive Ergänzung zur Erhöhung der Planungssicherheit für Unternehmen wird durch Art. 65 Abs. 3 UAbs. 2 Kodex vorgeschlagen: Demnach sollen die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass betroffene Unternehmen von einer beabsichtigten Aufhebung von Vorabverpflichtungen mit einer angemessenen Frist vorab informiert werden. Eine solche Ankündigungspflicht erhöht insbesondere die Planungssicherheit für solche Unternehmen, deren Geschäftsmodell davon abhängt, regulierte Vorleistungen eines marktmächtigen Unternehmens in Anspruch zu nehmen. Sofern eine nationale Regulierungsbehörde die Aufhebung einer solchen Vorabverpflichtung beabsichtigt, wird durch die Informationspflicht des Art. 65 Abs. 3 UAbs. 2 Kodex sichergestellt, dass sich hiervon abhängige Unternehmen rechtzeitig um ein Alternative etwa in Form einer freiwilligen Vereinbarung mit dem Infrastruktureigentümer bzw. einem Dritten oder aber sogar um den Aufbau einer eigenen Infrastruktur bemühen können.

f) Regulatorische Behandlung neuer Netzbestandteile, Art. 74 Kodex

Eine zentrale Neuregelung, die der Kodex im Zusammenhang mit dem Konnektivitätsziel im Rahmen der Marktregulierung vorschlägt, findet sich in Art. 74 Kodex. Mit der Norm soll den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit eingeräumt werden, unter bestimmten Voraussetzungen Netzbestandteile von einer Vorabregulierung auszunehmen, selbst wenn nach Marktdefinition und Marktanalyse die Regulierungsbedürftigkeit des entsprechenden Marktes feststeht.

⁶⁵ Kodex, Erwägungsgrund 190.

⁶⁶ Kodex, Erwägungsgrund 158.

aa) Vorgeschlagene Neuregelung

Anders als § 9a TKG-2004, mit dem für neue Märkte so genannte „Regulierungsferien“ eingeführt werden sollten, sieht Art. 74 Abs. 1 Kodex vor, dass einzelne Netzbestandteile, nicht aber ein gesamter Markt von der Vorabregulierung ausgenommen werden können. Eine Regulierungsfreistellung von Netzbestandteilen ist von mehreren Tatbestandsvoraussetzungen abhängig, bei deren Vorliegen die nationalen Regulierungsbehörden dann aber ausweislich des Wortlauts von Art. 74 Abs. 1 Kodex kein Ermessen mehr haben sollen, sondern eine gebundene Freistellungsentscheidung treffen müssen.

(1) Gegenstand einer Freistellung können nur neue Netzbestandteile eines Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht sein, die dieser aufgebaut hat oder aufzubauen beabsichtigt. Der Kodex enthält keine Definition dessen, was ein „neuer Netzbestandteil“ ist. Allerdings ergibt sich aus Art. 74 lit. b), dass nur solche Netzbestandteile erfasst werden sollen, die einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität leisten.

(2) Eine Freistellung kommt nur dann in Betracht, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) der Aufbau der neuen Netzbestandteile steht Angeboten für Ko-Investitionen nach einem transparenten Verfahren und zu Bedingungen offen, die langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb fördern, wozu auch gerechte, angemessene und nichtdiskriminierende Bedingungen für potenzielle Ko-Investoren gehören, Flexibilität hinsichtlich Wert und Zeitpunkt der von den einzelnen Ko-Investoren zugesagten Mittel, die Möglichkeit einer künftigen Aufstockung der Mittel, gegenseitige Rechte, die sich die Ko-Investoren nach Errichtung der gemeinsam finanzierten Infrastruktur gewähren;
- b) der Aufbau der neuen Netzbestandteile trägt wesentlich zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität bei;
- c) Zugangsinteressenten, die sich nicht an der Ko-Investition beteiligen, bekommen dieselbe Qualität, Geschwindigkeit und Bedingungen und erreichen dieselben Endnutzer wie vor dem Aufbau, entweder aufgrund gewerblicher Vereinbarungen zu fairen und angemessenen Bedingungen, oder durch regulierten Zugang, der von der nationalen Regulierungsbehörde aufrechterhalten oder angepasst wird.

Die eingangs erwähnte Balance, die der Kodex zwischen dem Konnektivitätsziel und dem Wettbewerbsziel finden muss, wird im Hinblick auf neue Netzbestandteile, die zur Erreichung des Konnektivitätsziels beitragen, damit so angestrebt, dass eine grundsätzliche Freistellung von der Regulierung bei Elementen möglich ist, die einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität leisten. Damit einhergehende mögliche wettbewerbliche Probleme, die sich aus einer Infrastrukturmonopolstellung eines marktmächtigen Unternehmens über neue Netzelemente ergeben, sollen dadurch verhindert werden, dass eine Freistellung nur dann in Betracht kommt, wenn ein Netzelement für ein Ko-Invest offen ist und Wettbewerber auch ohne Regulierung Zugang zu dem neuen Netzelement zu gerechten, angemessenen und nichtdiskriminierenden

Bedingungen erhalten können (lit. a)). Anhang IV des Kodex spezifiziert weiter, welchen Anforderungen Ko-Investitionsangebote von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht genügen müssen, um die Voraussetzungen des Art. 74 lit. a) Kodex zu erfüllen. Zudem dürfen Wettbewerber, die sich nicht als Ko-Investoren am Netzaufbau beteiligen, durch den Neuaufbau nicht schlechter im Hinblick auf Netznutzung und Zugang zu Endnutzern gestellt werden als zuvor (lit. c)). Entscheidend ist demnach, dass ein Ko-Investangebot über die gesamte Lebensdauer eines Netzes diskriminierungsfrei Nachfragern offen steht, um zu verhindern, dass neue Anbieter oder Anbieter, die zum Zeitpunkt der Investition hieran aus anderen Gründen nicht teilnehmen konnten, auch zu einem späteren Zeitpunkt noch einsteigen können.⁶⁷ Weiterhin müssen Ko-Investangebote im Hinblick auf Inhalt und Verfahren transparent für alle Marktteilnehmer sein.⁶⁸ Schließlich müssen Ko-Investangebote tatsächlich langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb sichern.⁶⁹

Im Hinblick auf den letztgenannten Punkt ist von besonderer Bedeutung, dass ein Netzbestandteil nicht nur allen Ko-Investoren zu fairen und zumutbaren Bedingungen zur Verfügung stehen muss, sondern dass Investoren auch die Möglichkeit haben müssen, aus einem Ko-Invest wieder auszusteigen und ihre erworbenen Rechte unter gewissen zusätzlichen Voraussetzungen an Dritte zu übertragen.⁷⁰ Durch die damit einhergehende Reduzierung der Marktaustrittskosten werden zugleich die Zutrittskosten für Wettbewerber gesenkt, da sie bei ihrer Entscheidung, ob sie sich an einem Ko-Invest beteiligen, einkalkulieren können, dass sie auch dann einen Teil ihrer Investitionskosten wieder zurückerlangen können, wenn sie selbst im Laufe der Zeit das Interesse an der Nutzung eines Netzelements verlieren.

bb) Bewertung

Art. 74 Kodex soll das Spannungsfeld auflösen, das sich daraus ergibt, dass die telekommunikationsrechtliche Vorabregulierung einerseits erforderlich sein kann, um den Wettbewerb im Telekommunikationssektor zu gewährleisten, andererseits aber insbesondere Netzzugangsrechte negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft aller Marktteilnehmer haben können.⁷¹ Dadurch, dass nur solche Netzelemente von der Regulierung freigestellt werden können, an deren Investitionsrisiko sich Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens beteiligt haben, wird das Investitionsrisiko zwischen Infrastruktureigentümern und Netzzugangspetenten aufgeteilt. Es profitieren also von einer erfolgreichen Investition alle Unternehmen, die sich zuvor am Investitionsrisiko beteiligt haben. Im Falle einer fehlgeschlagenen Investition haben alle Unternehmen das entsprechende Risiko zu tragen. Unternehmen, die sich hingegen nicht am Investitionsrisiko beteiligen, erhalten auch keinen privilegierten Zugang zum Netz. Für sie wird aber immerhin sichergestellt, dass sie nicht schlechter gestellt werden dürfen als zuvor.

⁶⁷ Kodex, Anhang IV lit. a).

⁶⁸ Kodex, Anhang IV lit. b).

⁶⁹ Kodex, Anhang IV lit. c).

⁷⁰ Kodex, Anhang IV lit. c) Spiegelstrich 5.

⁷¹ Dazu unten B II. 4.

Positiv ist auch zu bewerten, dass Art. 74 Kodex ein hohes Maß an Flexibilität im Hinblick auf mögliche Beteiligungsmodelle gibt, die sich sowohl auf den Wert als auch den Zeitpunkt eines Ko-Invests beziehen muss. Dies zeigt sich auch an den Konkretisierungen in Anhang IV Kodex. Ausgehend hiervon sind sowohl Modelle denkbar, bei denen sich Unternehmen mit Up-Frontpayments vor einer Investition am Netzausbau beteiligen, als auch Modelle, die den heute schon praktizierten Kontingentmodellen entsprechen, wobei es stets möglich sein muss, sich zu einem späteren Zeitpunkt zu beteiligen.

Insgesamt ist das Grundkonzept des Art. 74 Kodex daher ein wichtiger Baustein zur Setzung von Investitionsanreizen im Rahmen der Marktregulierung. Im Detail wird allerdings auch viel davon abhängen, wie die Norm konkret in das nationale Recht umgesetzt und dann von den nationalen Regulierungsbehörden angewendet wird. Hier gibt es etwa im Hinblick auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein „wesentlicher Beitrag“ zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität geleistet wird, durchaus einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum auf nationaler Ebene.

Änderungsanregung 7

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens sollte geprüft werden, ob eine Schärfung des Anwendungsbereichs von Art. 74 Kodex dahingehend vorgenommen wird, dass nicht allgemein neue Netzbestandteile erfasst werden, sondern nur Netzbestandteile, die zur erstmaligen Erschließung eines Gebietes mit einem Netz mit sehr hoher Kapazität führen. Eine solche Formulierung würde zum einen ein Windhundrennen um die Privilegierung des Art. 74 Kodex initiieren und damit potenziell zu einer Beschleunigung des Breitbandausbaus beitragen. Zum anderen würde mit ihr die Unschärfe der Begriffe „neue Bestandteile“ und „trägt wesentlich zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität bei“ vermieden.

Eine weitere Konkretisierung sollte auch im Hinblick auf den Freistellungsumfang vorgenommen werden. Art. 74 Kodex sieht eine Freistellung (genauer: nicht Auferlegung von Verpflichtungen) für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, insbesondere auch von der Netzzugangsregulierung der Art. 70, 71 Kodex vor. Da jedoch durch Art. 59 Kodex die symmetrische Regulierung erheblich ausgeweitet werden soll, sollte sichergestellt werden, dass auch keine Zugangsverpflichtungen zu neuen Netzbestandteilen (für marktmächtige ebenso wie für nicht marktmächtige Unternehmen) aufgrund von Art. 59 Kodex entstehen. Eine solche Freistellung ist zwar in Art. 59 Abs. 2 UAbs. 3 lit. b) Kodex angelegt. Diese Freistellung bezieht sich jedoch nur auf die Möglichkeit zur Zugangsverpflichtung zu Netzbestandteilen nach Art. 59 Abs. 2 UAbs. 2 Kodex, nicht hingegen auf den Zugang zu Netzbestandteilen bis zum ersten Verteilpunkt. Hier sollte klargestellt werden, dass die Freistellung sich insgesamt auf neue Netzbestandteile erstreckt.

Zu erwägen wäre auch, ob Art. 74 Kodex nicht in den allgemeinen Teil „Kapitel II – Zugang und Zusammenschaltung“ vorgezogen wird, um schon systematisch deutlich zu machen, dass Netzbestandteile, die zur Versorgung eines Gebietes mit Netzen mit sehr hoher Kapazität beitragen bzw. eine erstmalige Erschließung eines Gebietes mit solchen Netzen

bedeuten, grundsätzlich sowohl von der symmetrischen als auch der asymmetrischen Zugangsregulierung ausgenommen sein sollen.

In jedem Fall müsste bei einer gesetzlichen Regulierungsfreistellung auch eine Regelung über die Dauer der Freistellung getroffen werden. Hier ist es denkbar, an die Dauer der Regulierungsperiode anzuknüpfen und eine Freistellung bis zur nächsten Marktanalyse, mindestens aber für drei Jahre zu gewähren

Änderungsanregung 8

Zu erwägen ist auch, ob – ähnlich wie dies durch Art. 59 Abs. 4 Kodex für die symmetrische Regulierung vorgesehen ist – nicht auch bei Maßnahmen nach Art. 74 Kodex eine Wirkanalyse durch die nationalen Regulierungsbehörden vorgesehen werden sollte, um ein besseres Verständnis dafür zu entwickeln, wie sich Freistellungsentscheidungen nach Art. 74 Kodex auf die Markt- und Wettbewerbsentwicklung auswirken.

g) Vorabregulierung, Art. 66 Kodex

Für Netzbestandteile, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 74 Kodex fallen, weil sie entweder keine neuen Netzbestandteile sind oder zwar neue Netzbestandteile darstellen, aber nicht die zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 74 Kodex erfüllen, bleibt es dabei, dass die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 66 Kodex über das „Ob“ der Auferlegung von Vorabverpflichtungen ebenso wie über deren „Wie“ entscheiden müssen, wobei ihnen sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen zukommt. Ausnahmen gelten hierbei nach Art. 77 Kodex für vertikal desintegrierte Netzbetreiber, die ausschließlich auf Vorleistungsmärkten tätig sind.

aa) Wesentliche Neuerungen

Bei der Ermessensausübung durch die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen werden den nationalen Regulierungsbehörden zusätzlich zu den bereits heute existierenden Entscheidungskriterien durch den Kodex drei Gesichtspunkte ausdrücklich vorgegeben:

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden müssen nach Art. 66 Abs. 4 Kodex die Auferlegung von Vorabverpflichtungen grundsätzlich gezielt auf wettbewerbliche Probleme im Endkundenmarkt ausrichten. Sie müssen noch stärker als bisher berücksichtigen, dass die Vorabregulierung letztlich die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb in Endkundenmärkten bezweckt, die Vorleistungsregulierung also insofern nur Mittel zu diesem Zweck ist.

(2) Bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen wird den nationalen Regulierungsbehörden durch Art. 66 Abs. 4 Kodex die Durchführung einer Kosten-Nutzen-Analyse aufgegeben.⁷² Die nationalen Regulierungsbehörden müssen Vorabverpflichtungen demnach künftig daraufhin überprüfen, ob die damit verbundenen Kosten – etwa die

⁷² Dazu ausführlich auch Kodex, Erwägungsgrund 157.

Compliancekosten der betroffenen Unternehmen ebenso wie die Durchsetzungskosten auf Seiten der nationalen Regulierungsbehörde – geringer sind, als der damit verbundene Nutzen, der konsequenterweise in erster Linie im Endkundenmarkt festzustellen sein muss. Zwar müssen bereits bisher schon im Rahmen der stets durchzuführenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme – namentlich im Rahmen deren Erforderlichkeit – schon Kosten-Nutzen-Erwägungen angestellt werden. Allerdings sind diese Erwägungen nicht zwingend finanzieller Natur, sondern können auch andere Aspekte – etwa die Grundrechte der Betroffenen – zum Gegenstand haben. Künftig werden die nationalen Regulierungsbehörden expliziter – zusätzlich zu der weiterhin grundrechtlich geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung – zu einer ökonomischen Kosten-Nutzen-Analyse verpflichtet sein.

(3) Gemäß Art. 66 Abs. 6 Kodex müssen die nationalen Regulierungsentwicklungen bei der Überprüfung bestehender Verpflichtungen für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ausdrücklich auch mögliche künftige Marktentwicklungen im Zusammenhang mit freiwilligen Zugangs- oder Ko-Investitionsvereinbarungen berücksichtigen und ggf. die auferlegten Vorabverpflichtungen anpassen, sofern sich hier Veränderungen ergeben.

bb) Bewertung

Die explizite Ausrichtung der Vorleistungsregulierung auf die Lösung von Problemen in Endkundenmärkten, die durch Art. 66 Kodex nochmals bestätigt wird, ist ausgehend vom Gesamtkonzept des Kodex konsequent, schreibt allerdings letztlich nur eine Kernidee des geltenden Regulierungsrahmens jetzt auch ausdrücklich fest und verleiht ihr damit einen höheren Stellenwert.

Sinnvoll ist es, dass die nationalen Regulierungsbehörden künftig ausdrücklich auch Kosten-Nutzen-Erwägungen anstellen müssen. Diese werden zwar nicht zum alleinigen Entscheidungsfaktor bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen. Die Pflicht zu ihrer Durchführung fordert die nationalen Regulierungsbehörden aber damit zu einer wirtschaftlichen Folgenabschätzung von Regulierungsmaßnahmen auf, die angesichts der teilweise erheblichen Regulierungskosten sinnvoll ist.

h) Netzzugangsregulierung, Art. 70, 71 Kodex

Die zentrale Vorabverpflichtung, die im Rahmen der Marktregulierung Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann, ist die zur Gewährung von Netzzugang an Wettbewerber. Sie erfährt durch den Kodex Änderungen, die in weiten Teilen dem Bemühen des Kodex geschuldet sind, die gesamte Marktregulierung stärker auf das neue europäische Konnektivitätsziel auszurichten und insbesondere Investitionsanreize in den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu setzen.

aa) Wesentliche Neuerungen

(a) Die Bedeutung des neuen Konnektivitätsziels auch für die Entscheidung über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen wird durch Art. 71 Abs. 2 lit. d) Kodex nochmals besonders betont, da die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auferlegung von

Zugangsleistungen wie bisher auch die Investitionsrisiken von Infrastruktureigentümern zu berücksichtigen haben, künftig aber bei Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität sogar eine Pflicht zur *besonderen* Berücksichtigung statuiert wird.

(b) Neu ist weiterhin, dass es eine Stufenfolge der Zugangsverpflichtungen dergestalt gibt, dass Netzzugang nach Art. 71 Abs. 1 S. 1 Kodex nur dann auferlegt werden darf, wenn der Zugang zu baulichen Anlagen auf Grundlage von Art. 70 Kodex nicht zur Erreichung der Regulierungsziele ausreichen würde. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen daher künftig vor der Auferlegung einer Netzzugangsverpflichtung zur aktiven Infrastruktur stets vorrangig prüfen, ob nicht die Auferlegung einer Verpflichtung nach Art. 70 Kodex ausreichend zur Verwirklichung der Regulierungsziele wäre. Nach Art. 70 Kodex können die nationalen Regulierungsbehörden den Zugang zu baulichen Anlagen – auch außerhalb des konkret regulierten Marktes – auferlegen, sofern die Verweigerung des Zugangs die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf der Endkundenebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Auch hier wird wieder ausdrücklich darauf verwiesen, dass eine Vorabverpflichtung stets mit der Zielsetzung der Wettbewerbssicherung in Endkundenmärkten aufzuerlegen ist.

Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich ergänzt Art. 70 Kodex die marktmachtunabhängigen Regelungen der Kostensenkungsrichtlinie dahingehend, dass nunmehr gegenüber marktmächtigen Unternehmen auch der Zugang zu baulichen Anlagen jenseits der Netzinfrasturktur auferlegt werden kann. Dies kann einen Beitrag zum Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität leisten, sofern damit die Kosten des Breitbandausbaus reduziert werden können.

Bemerkenswert ist, dass der Anwendungsbereich des Art. 70 Kodex nicht darauf beschränkt ist, die Mitnutzung von baulichen Anlagen zum Zwecke der Bereitstellung eines Netzes mit sehr hoher Kapazität aufzuerlegen.

(c) Aus den Erwägungsgründen ergibt sich zudem, dass die Kommission davon ausgeht, dass in geographischen Gebieten, in denen es zwei Zugangsnetze gibt, künftig regelmäßig Maßnahmen nach Art. 70 Kodex ausreichen, im Übrigen aber das allgemeine Wettbewerbsrecht genügt, um mögliche wettbewerbliche Probleme zu bewerkstelligen.⁷³ In Regionen mit drei Zugangsnetzen geht die Kommission davon aus, dass eine Vorabzugangsregulierung künftig im Regelfall nicht mehr erforderlich sein wird, sondern die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts genügt.⁷⁴ Lediglich in Regionen mit nur einem Zugangsnetz besteht demnach auch künftig regelmäßig die Notwendigkeit der Auferlegung von Vorabzugangsverpflichtungen.⁷⁵ Dieser Ansatz der Kommission ist zwar einerseits nachvollziehbar, zugleich dürfte seine Relevanz vergleichsweise gering sein: Jedenfalls in Regionen mit drei Zugangsnetzen dürfte es oftmals schon an der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests fehlen, so dass sie für eine

⁷³ Kodex, Erwägungsgrund 175.

⁷⁴ Kodex, Erwägungsgrund 175.

⁷⁵ Kodex, Erwägungsgrund 175.

Marktregulierung ohnehin nicht in Betracht kommen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Märkte künftig noch stärker regional abgegrenzt werden.

(d) Schließlich wird durch Art. 71 Abs. 2 Kodex nochmals klargestellt, dass die Netzzugangsregulierung künftig eher Ultima Ratio denn Mittel der Wahl sein soll. Demnach sollen Vorabzugangsverpflichtungen nur dann auferlegt werden können, wenn es keine anderen Vorleistungsprodukte gibt, die wettbewerbliche Probleme auf Endkundenmärkten verhindern können. Auch sollen freiwillige Zugangsangebote ebenso wie bestehende symmetrische Zugangsverpflichtungen nach Art. 59 Kodex daraufhin betrachtet werden, ob sie ausreichend sind, um Wettbewerbsprobleme auf Endkundenmärkten auszuschließen.

(e) Im Hinblick auf die konkreten Verpflichtungen, die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des Art. 71 Kodex auferlegt werden können, ist bemerkenswert, dass künftig keine Verpflichtung zum Resale enthalten sein soll, bei der Wettbewerber Dienste von einem marktmächtigen Unternehmen zu Großhandelsbedingungen erwerben, um sie dann in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiterzuverkaufen. Die Resale-Verpflichtung hat insbesondere im Anfangsstadium der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes zur Intensivierung des Dienstewettbewerbs und damit zu fallenden Endkundenpreisen geführt.⁷⁶ Eine damit verbundene Idee war es, dass Unternehmen, die zunächst rein Resale-basierte Produkte anbieten, nach und nach in eigene Infrastrukturen investieren.⁷⁷ Da sich dies jedenfalls in der Fläche nicht zweifelsfrei empirisch belegen lässt,⁷⁸ der neue Rechtsrahmen aber ganz zentral Infrastrukturinvestitionen fördern soll, ist zu vermuten, dass die Kommission deshalb künftig auf die Möglichkeit zur Auferlegung von Resale-Verpflichtungen verzichten will. Dies wäre vor dem Hintergrund der Fokussierung der Regulierung auf den Infrastrukturausbau konsequent, allerdings geben auch die Erwägungsgründe insoweit keinen eindeutigen Hinweis. Zu bedenken ist allerdings auch, dass der Verzicht auf regulatorische Verpflichtungen zum Resale nicht ausschließt, dass derartige Geschäftsmodelle künftig auf Grundlage privatautonomer Vereinbarungen (fort-) bestehen.⁷⁹

bb) Bewertung

Änderungsanregung 9

Ausgehend von der Zielsetzung des Kodex, den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fördern, sind die Regelungen zum Netzzugang sehr zurückhaltend formuliert. Hier sollte im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses überlegt werden, ob nicht eine stärkere Konditionierung der Zugangsregulierung im Hinblick auf den Netzausbau vorgenommen

⁷⁶ Vgl. dazu ausführlich *Bertschek et. al*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft, S. 40 ff.

⁷⁷ *Cave/Valetti/Vogelsang/Rood*, The relationship between access pricing and infrastructure competition, 2001.

⁷⁸ *Bertschek et. al*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft, S. 54 ff.; vgl. auch *Cave*, Snakes and ladders: Unbundling in a next generation world, Telecommunications Policy 34 (1), S. 80.

⁷⁹ Siehe zu entsprechenden Modellen und Anreizen hierfür *Inderst/Peitz*, Telecommunications Policy 36 (2012) 407; *Inderst/Peitz*, Market Asymmetries and Investments in Next Generation Access Networks, Review of Network Economics 11(1), Article 2, 2012.

wird. Denkbar wäre es hier beispielsweise, Wettbewerbern den Zugang zu bestehenden Infrastrukturen eines marktmächtigen Unternehmens vorrangig dann einzuräumen, wenn sie darauf angewiesen sind, um eigene Netze mit sehr hoher Kapazität aufzubauen. Ebenso ist zu erwägen, ob Wettbewerbern dann vorrangig Zugang zu Netzbestandteilen eingeräumt wird, wenn sie sich gleichzeitig verpflichten, in den Ausbau von eigenen Netzen mit sehr hoher Kapazität zu investieren, um so mittel- und langfristig unabhängig von Vorleistungen eines marktmächtigen Unternehmens zu werden.

Beide Ansätze würden letztlich der „Ladder-of-investment“ anders als bisher eine gewisse Rechtsverbindlichkeit dahingehend verleihen, dass derjenige bevorzugt Netzzugangsleistungen in Anspruch nehmen kann, der aktuell oder jedenfalls künftig eine weitere Stufe auf der Investitionsleiter erklimmen will. Aus europarechtlicher Sicht wäre eine solche Verknüpfung zwischen Netzzugangsregulierung und Infrastrukturinvestitionen denkbar: Zwar verweisen die Erwägungsgründe zum Kodex darauf, dass eine entsprechende Verknüpfung unter Umständen zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann und daher im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln genau zu überprüfen ist.⁸⁰ Implizit bedeutet dies freilich, dass auch die Europäische Kommission bzw. das Europarecht nicht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit solcher Verknüpfungen ausgeht. Hält man sich vor Augen, dass durch den Kodex der Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu dem zentralen Regulierungsziel erhoben werden soll, wäre es folgerichtig, wenn auch die Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Vorleistungen stärker hierauf ausgerichtet würde, indem sie – soweit möglich – davon abhängig gemacht wird, dass Netzzugangspetenten ihrerseits einen Beitrag zum Aufbau solcher Netze leisten.

Änderungsanregung 10

Jedenfalls ist auch hier zu erwägen, eine Pflicht für die nationalen Regulierungsbehörden zur Durchführung einer Wirkanalyse für Maßnahmen der Zugangs- und Vorleistungsentgeltregulierung entsprechend der in Art. 59 Abs. 4 Kodex vorgesehenen einzuführen, um für künftige Regulierungsmaßnahmen ein besseres Verständnis der tatsächlichen Wirkungen von Vorabverpflichtungen entwickeln zu können.

i) Preiskontrolle, Art. 72 Kodex

Auf Grundlage des geltenden Rechtsrahmens können sowohl Vorleistungs- als auch Endkundenentgelte einer Vorabgenehmigungspflicht unterworfen werden, tatsächlich werden aber jedenfalls in Deutschland derzeit nur Vorleistungsentgelte reguliert. Der Kodex schreibt dies insoweit nunmehr fest, als auch er nur noch Regelungen zur Vorleistungsentgeltregulierung enthält. Die bisherige Regelung zur Endkundenentgeltregulierung in Art. 17 Universaldienst-RL soll künftig entfallen. Allerdings wird in Art. 72 Abs. 1 UAbs. 3 Kodex ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Vorleistungsentgeltregulierung im Hinblick auf mögliche wettbewerbliche Probleme im Endkundenmarkt erfolgen muss.

⁸⁰ Kodex, Erwägungsgrund 134.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Methodik und den Maßstab der Entgeltregulierung behält Art. 72 Kodex das bisherige Konzept des Art. 13 Zugangs-RL bei: Durch Art. 72 Abs. 3 Kodex wird der Maßstab der Kostenorientierung vorgegeben, der bisher im nationalen Recht in § 32 TKG durch den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung umgesetzt wird. Insoweit wird der Kodex voraussichtlich keinen Anpassungsbedarf im nationalen Recht auslösen. Etwas anderes gilt nur für den Bereich der Terminierungsentgelte, für die Art. 73 Kodex eine Sonderregelung vorsieht.

Im Rahmen der Regelungen zur Preiskontrolle sieht der Kodex ausdrücklich vor, dass sich die Vorleistungsentgeltregulierung insbesondere am Ziel des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität ausrichten muss. So müssen die nationalen Regulierungsbehörden bereits bei der Entscheidung, ob eine Verpflichtung zur Preiskontrolle auferlegt wird, nach Art. 72 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex explizit berücksichtigen, inwieweit sich dies auf den Aufbau von Netzen der nächsten Generation, insbesondere von Netzen mit sehr hoher Kapazität auswirkt.

Änderungsanregung 11

Zu erwägen ist, ob – sofern man keine umfassende Regulierungsfreistellung für neue Netzbestandteile einführen will wie sie oben angeregt wird – nicht auch unionsrechtlich ein (zusätzlicher) Entgeltmaßstab eingeführt werden könnte, der ähnlich dem geltenden § 28 TKG eine Entgeltkontrolle für den Netzzugang zu neuen Netzbestandteilen ermöglicht, aber keinen strengen Maßstab der Kostenorientierung vorgibt.

Konkret würde dies bedeuten, dass – soweit die Regelungen der Art. 70, 71 Kodex auch auf neue Netzbestandteile angewendet werden – die entsprechenden Vorleistungsentgelte durch das investierende Unternehmen flexibler gestaltet werden können und (lediglich) nicht missbräuchlich, d.h. zu hoch, zu niedrig und nichtdiskriminierend sein dürfen (vgl. § 28 TKG). Hierbei müsste bei Netzbetreibern, die sowohl auf Vorleistungs- als auch entsprechenden Endkundenmärkten tätig sind, insbesondere sichergestellt werden, dass Preis-Kosten-Scheren nicht möglich sind. Denkbar erscheint es hier, ein entgeltbezogenes Nichtdiskriminierungsverbot zu etablieren, das nicht nur die externe Gleichbehandlung gewährleistet, sondern auch die Gleichbehandlung externer und interner Zugangspetenten.

5. Zwischenergebnis

Ganz im Sinne des neuen europarechtlichen Konnektivitätsziels wird die Marktregulierung stärker zum einen auf die Senkung von Ausbaukosten und zum anderen auf die Schaffung von Investitionsanreizen ausgerichtet.

Der Senkung von Ausbaukosten dient die deutliche Ausweitung der symmetrischen Regulierung auf Infrastrukturen nicht marktmächtiger Unternehmen, die in Umfang und Anwendungsbereich problematisch ist und daher im weiteren Gesetzgebungsverfahren geschärft werden sollte. Ebenfalls das Ziel, Ausbaukosten zu senken, gleichzeitig aber auch die Intensität der sektorspezifischen Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu reduzieren, verfolgt das neue Stufenmodell der Zugangsregulierung.

Demnach müssen die nationalen Regulierungsbehörden künftig stets prüfen, ob der Zugang zu baulichen Anlagen genügt, um den Wettbewerb auf Endkundenmärkten zu sichern, bevor sie den Zugang zu aktiven Netzbestandteilen anordnen können. Vergleichbar soll die Regulierungsintensität für marktmächtige Unternehmen, die nicht auf Endkundenmärkten tätig sind, durch Art. 77 Kodex auf die Möglichkeit zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach Art. 70, 71 Kodex reduziert werden.

Infrastrukturinvestitionsanreize sollen in erster Linie durch die Neuregelung des Art. 74 Kodex geschaffen werden, die unter bestimmten Voraussetzungen die Freistellung von neuen Netzbestandteilen von sämtlichen Vorabverpflichtungen ermöglicht, sofern ein Netzelement wesentlich zum Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität beiträgt und es für Ko-Investitionen und den Zugang durch ko-investierende Wettbewerber offensteht. Der Regelungsansatz, der in seiner Grundidee dem Konzept der „Regulierungsferien“ des § 9a TKG a.F. ähnlich ist, ist begrüßenswert. Seine praktische Wirksamkeit wird erheblich von der konkreten Umsetzung in nationales Recht bzw. von dessen Anwendung durch die nationalen Regulierungsbehörden abhängen. Hier ist durchaus auch zu erwägen, im europäischen Gesetzgebungsverfahren auf eine weitere Konkretisierung hinzuwirken.

Im Hinblick auf die Zugangsregulierung bestehender Infrastrukturen und neuer Netzbestandteile, die nicht die Voraussetzungen des Art. 74 Kodex erfüllen, schreibt der Kodex im Wesentlichen das bestehende Regulierungsregime fort. Hier wäre zu überlegen, ob im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht eine stärkere Konditionierung dieser Regelungen auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität vorgenommen wird. Eine solche könnte etwa darin liegen, dass Netzzugang bevorzugt solchen Zugangspetenten eingeräumt wird, die ihrerseits in den Aufbau eigener Netze mit sehr hoher Kapazität investieren, die aber zumindest verbindlich solche Investitionen zusagen, mit denen sie eine weitere Stufe auf der Investitionsleiter erklimmen.

III. Faire Wettbewerbsbedingungen auf Telekommunikationsmärkten⁸¹

Ein wichtiges Ziel der Überarbeitung des bestehenden Rechtsrahmens ist es, die Telekommunikationsregulierung an veränderte Rahmenbedingungen auf Ebene der genutzten Dienste und der hierfür eingesetzten technischen Mittel anzupassen.⁸² Eine bedeutsame Entwicklung, auf die es hier zu reagieren gilt, ist das Entstehen und der Bedeutungszuwachs von OTT-Diensten, die vielfach mit klassischen Telekommunikationsdiensten im Wettbewerb stehen, ohne den selben rechtlichen Regelungen zu unterliegen.⁸³ Hier gilt es faire Wettbewerbsbedingungen im Sinne von gleichheitsgerechten, nicht wettbewerbs-

⁸¹ Zum Problem der gleichheitsgerechten Wettbewerbsbedingungen auch ausführlich *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen, S. 61 ff.

⁸² Kodex, Erwägungsgrund 15.

⁸³ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf so genannte OTT-0- bzw. OTT-1-Dienste nach der GEREK-Klassifikation, bei denen jedenfalls potenziell ein horizontales Wettbewerbsverhältnis mit elektronischen Kommunikationsdiensten besteht. *BEREC*, Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 15 – 3.3.2.; S. 20 – 4.2.1. Nicht Gegenstand der Erörterung sind hingegen OTT-2-Dienste – beispielsweise Video- oder Musikstreamingdienste, die zwar ebenfalls Telekommunikationsnetze und -dienste nutzen, aber nicht mit diesen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis stehen.

verzerrenden regulatorischen Rahmenbedingungen zu gewährleisten. Ein Beispiel sind Messenger-Dienste wie WhatsApp, die in Konkurrenz zur klassischen Textnachricht SMS treten, und VoIP-Dienste wie Skype, die mit klassischen Sprachtelefondiensten konkurrieren. Zweifelsfrei der Telekommunikationsregulierung unterliegen dabei bisher nur Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. elektronische Kommunikationsdienste i.S.d. Art. 2 lit. c) Rahmen-RL. Ob vergleichbare OTT-Dienste ebenfalls hierunter subsumiert werden können, ist hingegen nicht abschließend geklärt.⁸⁴ Die Zweifel hieran resultieren in erster Linie daraus, dass auf Grundlage des geltenden Rechts ein elektronischer Kommunikationsdienst nur dann vorliegt, wenn ein Dienst ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen besteht. Die bisher herrschende Auffassung geht dabei davon aus, dass dieses Merkmal in einem technischen Sinn zu verstehen ist, so dass OTT-Dienste, die unabhängig von einer konkreten Infrastruktur erbracht werden können, diese Voraussetzung nicht erfüllen.⁸⁵ Vorrangig von Relevanz ist die unterschiedliche Einordnung von OTT-Diensten und elektronischen Kommunikationsdiensten im Hinblick auf die für Telekommunikationsnetzbetreiber bestehenden spezifischen, nicht primär wettbewerbsbezogenen Regelungen etwa in den Bereichen Verbraucherschutz, Datenschutz, Fernmeldegeheimnis und öffentliche Sicherheit.⁸⁶

1. Flexibilisierung des Anwendungsbereichs der Telekommunikationsregulierung Art. 2 Nr. 4 Kodex

Eine wesentliche Ursache für die derzeitigen regulatorischen Schwierigkeiten einer einheitlichen Behandlung von elektronischen Kommunikationsdiensten einerseits und OTT-Diensten andererseits liegt darin, dass die Letztgenannten bereits nicht zweifelsfrei in den persönlich-sachlichen Anwendungsbereich der Telekommunikationsregulierung einbezogen werden können, weil sie nicht zwingend von der Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes erfasst sind. Sektorspezifische Verpflichtungen können damit auf OTT-Dienste unabhängig vom Inhalt der Verpflichtung nicht ohne Weiteres angewendet werden, selbst wenn dies im Einzelfall sinnvoll wäre. Spiegelbildlich müssen solche Verpflichtungen auf elektronische Kommunikationsdienste angewendet werden, selbst wenn sich ihre Stellung im Wettbewerb durch OTT-Dienste verändert hat und daraus folgend die Entlassung aus einer bestimmten Verpflichtung denkbar ist.

Der Kodex schlägt daher eine Flexibilisierung des generellen Anwendungsbereichs der sektorspezifischen Regulierung dergestalt vor, dass es künftig mehrere Kategorien von elektronischen Kommunikationsdiensten geben soll, die grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Kodex fallen, für die aber jeweils unterschiedliche Regelungen gelten können. Demnach soll es vier Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten i.S.d. Art. 2 Nr. 4 Kodex geben:

⁸⁴ Bejahend VG Köln, Urteil v. 11.11.2015, Az. 21 K 450/15.

⁸⁵ Vgl. dazu m.w.N. *Peitz/Schweitzer/Valletti*, Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets, Cerre Study, S. 48 ff. m.w.N.

⁸⁶ *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen, S. 63.

- Internetzugangsdienste i.S.d. von Art. 2 Abs. 2 VO 2015/2010 (Art. 2 Nr. 4 Kodex);
- Interpersonelle Kommunikationsdienste, die nummernabhängig sind (Art. 2 Nr. 5, Nr. 6 Kodex);
- Interpersonelle Kommunikationsdienste, die nummernunabhängig sind (Art. 2 Nr. 5, Nr. 7 Kodex);
- Dienste, die überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen (Art. 2 Nr. 4 Kodex).

Von Bedeutung für die Frage der gleichheitsgerechten Wettbewerbsbedingungen zwischen OTT-Diensten und elektronischen Kommunikationsdiensten sind in erster Linie die beiden Arten von „interpersonellen Kommunikationsdiensten“, auf die daher in der Folge näher eingegangen werden soll.

a) Interpersonelle Kommunikationsdienste, Art. 2 Nr. 5 Kodex

aa) Funktionale Betrachtung

Die Grunddefinition des interpersonellen Kommunikationsdienstes knüpft anders als bisher nicht mehr an das technische Merkmal der Signalübertragung an, sondern folgt einem funktionalen Definitionsansatz.⁸⁷ Demnach ist für die Einordnung eines Dienstes als interpersoneller Kommunikationsdienst vorrangig entscheidend, ob er einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch zwischen bestimmten Personen ermöglicht, unabhängig davon, wie dies technisch realisiert wird. Damit fallen sowohl elektronische Kommunikationsdienste im derzeitigen Sinne als auch entsprechende OTT-0- und OTT-1-Dienste prinzipiell in den Anwendungsbereich des Kodex.⁸⁸

bb) Entgeltlichkeit

Klargestellt wird durch die vorgeschlagene Definitionsänderung auch, dass ein elektronischer Kommunikationsdienst zwar grundsätzlich gegen Entgelt erbracht werden muss, dass dieses Entgelt aber nicht zwingend in einer monetären Gegenleistung des Dienstennutzers bestehen muss, sondern beispielsweise auch in Form von Daten geleistet und nicht zwingend vom Nutzer selbst, sondern auch von Dritten an den Diensteanbieter erbracht werden kann.⁸⁹ Letzteres ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Nutzung eines interpersonellen Kommunikationsdienstes davon abhängig gemacht wird, dass ein Endnutzer Werbung ausgesetzt wird, für die ein Dritter an den Diensteanbieter gezahlt hat.⁹⁰

Diese Klarstellung ist positiv zu bewerten, da sie den Streitpunkt der derzeitigen Rechtslage klärt, ob nämlich die Entgeltlichkeit eines Angebots nur dann bejaht werden kann, wenn ein monetäres Entgelt fließt.⁹¹ Angesichts der zahlreichen neuen Geschäftsmodelle, die zwar

⁸⁷ Kodex, Erwägungsgrund 15.

⁸⁸ Zu den verschiedenen OTT-Kategorien *BEREC*, Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 15 – 3.3.2.; S. 20 – 4.2.1.

⁸⁹ Kodex, Erwägungsgrund 16.

⁹⁰ Kodex, Erwägungsgrund 16.

⁹¹ Dazu *Fetzer*, in *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 104.

unentgeltlich im Sinne einer monetären Gegenleistung, aber eben nicht kostenlos sind, weil sie von der Bereitstellung von Daten oder Aufmerksamkeit abhängig gemacht werden, ist diese Klarstellung sinnvoll.

cc) De-minimis-Ausnahme

Ausgenommen vom Anwendungsbereich für interpersonelle elektronische Kommunikationsdienste sollen nach Art. 2 Nr. 5 Kodex solche Dienste sein, die untrennbar mit einem anderen Dienst verbunden sind und die im Verhältnis zu diesem Dienst nur eine untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen. Als Beispiel hierfür werden von den Erwägungsgründen Online-Spiele genannt, die über einen Kommunikationskanal verfügen.⁹²

Änderungsanregung 12

Einerseits ist die Einfügung einer De-minimis-Ausnahme zur Reduktion von administrativen Kosten nachvollziehbar, da sie verhindert, dass potenziell jeder Dienst, der eine interpersonelle Kommunikation ermöglicht, automatisch in den Anwendungsbereich des Kodex fällt. Andererseits schafft die Regelung ein Einfallstor für mögliche Umgehungsstrategien, die insbesondere im Zusammenhang mit Regelungen zur öffentlichen Sicherheit kaum hingenommen werden können, so dass hier ggf. eine Rückausnahme vorzusehen wäre, die jedenfalls die Regelungen zur öffentlichen Sicherheit dem Grunde nach auch auf solche Dienste für anwendbar erklärt. Zudem ist die jetzt vorgeschlagene Regelung möglicherweise auch nicht flexibel genug, um künftige Entwicklungen im Kommunikationsverhalten zu berücksichtigen, wenn etwa zunehmend Kommunikationskanäle von Online-Spielen bei manchen Nutzergruppen zum bevorzugten Kommunikationskanal werden. Hier sollte erwogen werden, ob nicht die Befugnis zur Definition einer De-minimis-Regelung auf GEREK oder die Kommission delegiert wird, die zur flexiblen Reaktion auf neue Entwicklungen in der Lage sind.

b) Nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste, Art. 2 Nr. 6 Kodex

Die Gruppe der interpersonellen Kommunikationsdienste unterteilt sich weiter in nummerngebundene und nummernunabhängige Dienste. Nummerngebundene Kommunikationsdienste sind nach Art. 2 Nr. 6 Kodex solche Dienste, die eine zugeteilte Nummer eines nationalen oder internationalen Telefonnummernplans verwenden bzw. die Kommunikation über solche Nummern erlauben, um eine Anbindung an das öffentliche Fernsprechnetz zu ermöglichen. Durch die Bezugnahme auf den Begriff der „Nummer“ und der „Nummernpläne“ wird deutlich, dass damit nur klassische Telefonnummern gemeint sein sollen,⁹³ nicht aber IP-Adressen, Nutzerkennungen oder Email-Adressen. Unter den Begriff der nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienste i.S.d. Art. 2 Nr. 6 Kodex

⁹² Kodex, Erwägungsgrund 17.

⁹³ Vgl. Kodex, Erwägungsgrund 18.

fallen damit in erster Linie solche Dienste, die heute vom Begriff der elektronischen Kommunikationsdienste erfasst werden, also auch OTT-0-Dienste.

c) Nummernungebundene interpersonelle Kommunikationsdienste, Art. 2 Nr. 7

Kodex

In negativer Abgrenzung zu den nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten werden nummernungebundene interpersonelle Kommunikationsdienste nach Art. 2 Abs. 7 Kodex so definiert, dass sie eine interpersonelle Kommunikation ermöglichen, bei der keine Verbindung zum öffentlichen Fernsprechnetzw möglich ist, da ihnen keine Nummern im o.g. Sinne zugeteilt sind und sie auch keine Verbindung zu nummerngebundenen Anschlüssen erlauben. Erfasst von der Definition werden damit insbesondere OTT-1-Dienste, die heute nicht zweifelsfrei unter den Begriff der elektronischen Kommunikationsdienste fallen.

d) Bewertung

Der Regelungsansatz der Kommission zur Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen durch eine Flexibilisierung des Anwendungsbereichs des Telekommunikationsrechtsrahmens ist zu begrüßen. Die Erweiterung und Ausdifferenzierung des Anwendungsbereichs auf interpersonelle Kommunikationsdienste, Internetzugangsdienste und Signalübertragungsdienste erlaubt es, bezogen auf einzelne Regelungen bzw. Regelungsbereiche zu entscheiden, auf welche Kategorie von Diensten sie anwendbar sein sollen. Selbst wenn OTT-Dienste und elektronische Kommunikationsdienste aus Nutzersicht vielfach funktional austauschbar sein sollten, ist damit noch nicht gesagt, ob und wenn ja auf welche Weise sie regulierungsrechtlich gleich zu behandeln sind. Vielmehr muss für jeden Regelungsbereich der marktbezogenen ebenso wie der sonstigen Regulierung entschieden werden, ob gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden, indem entweder ein Regelungsbereich für OTT-Dienste ebenso wie für klassische Telekommunikationsdienste eröffnet wird, auf beide Dienstekategorien nicht anwendbar sein soll oder eben nur für eine Dienstekategorie Relevanz hat. Diese Entscheidung ist bezogen auf den jeweiligen Regelungsbereich ausgehend von dessen Regelungszweck gesondert zu treffen. Eine solch differenzierte Herangehensweise wird durch den Kodex künftig ermöglicht.

Auch die Differenzierung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Diensten erscheint naheliegend und lässt sich damit begründen, dass Dienste, die Nummern nutzen, eine hoheitlich zugeteilte Ressource – Nummern – in Anspruch nehmen und damit auch anderen Verpflichtungen unterliegen können als solche Dienste, die eine solche Ressource nicht benötigen. Dieses Differenzierungskriterium ist allerdings nicht bei allen Regelungsbereichen des Rechtsrahmens überzeugend: Während es etwa bei einer Pflicht zum Angebot von Notrufnummern Sinn machen kann, die besonders zu belasten, die eine öffentliche Ressource nutzen, ist dieses Differenzierungskriterium für den Bereich des Datenschutzes sicherlich ungeeignet, da die Anwendung datenschutzrechtlicher Vorschriften allein dem Schutz des Nutzers dient, unabhängig davon, ob der genutzte Dienst eine öffentliche Ressource nutzt. Insgesamt lässt sich daher die Angemessenheit der

Differenzierung nicht abstrakt-generell beurteilen, sondern hängt davon ab, welche Konsequenzen im Hinblick auf die anwendbaren materiellen Normen daraus folgen. Hierauf soll in der Folge für einige ausgewählte Regelungsbereiche eingegangen werden.

2. Marktregulierung

Die Frage nach gleichheitsgerechten Wettbewerbsbedingungen zwischen OTT-Diensten und elektronischen Kommunikationsdiensten stellt sich primär im Rahmen der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung (z.B. Daten- und Verbraucherschutz), sie hat aber auch gewisse Relevanz für die Marktregulierung. Der Kodex greift zwei Aspekte auf:

a) Symmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, Art. 59 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c)

Kodex

Elektronische Kommunikationsdiensteanbieter, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, können unabhängig davon, ob sie über beträchtliche Marktmacht verfügen, dazu verpflichtet werden, zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes die Interoperabilität ihrer Dienste sicherzustellen.⁹⁴ OTT-Diensteanbietern kann derzeit eine vergleichbare Verpflichtung nicht auferlegt werden.

Durch Art. 59 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c) Kodex soll den nationalen Regulierungsbehörden künftig die Möglichkeit in die Hand gegeben werden, nummernabhängige wie nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste zur Interoperabilität zu verpflichten. Voraussetzung dafür ist, dass andernfalls der End-zu-End-Verbund oder der Zugang zu Notdiensten gefährdet ist. Eine solche Gefährdungssituation muss allerdings in einem ersten Schritt formal von der Kommission auf Grundlage eines Berichts des *GEREK* festgestellt worden sein (Art. 59 Abs. 1 UAbs. 3 Kodex). Die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen ist also eine Ultima Ratio für den Fall, dass OTT-Dienste für den End-zu-End-Verbund essentiell werden.

b) Berücksichtigung von interpersonellen Kommunikationsdiensten bei der asymmetrischen Regulierung

Die asymmetrische Marktregulierung soll künftig noch stärker als bisher auf die Verhinderung von Wettbewerbsproblemen in Endkundenmärkten fokussiert werden. Sofern auf einem Endkundenmarkt keine Wettbewerbsprobleme festgestellt werden können, bedeutet dies, dass auch die Vorleistungsregulierung ggf. zurückgefahren werden kann. Manche OTT-Dienste können zu einer Wettbewerbsbelebung auf Endkundenmärkten führen, die künftig nach Art. 65 Abs. 2 lit. b) Kodex bei der Frage der Regulierungsbedürftigkeit eines (Vorleistungs-) Marktes besonders zu berücksichtigen ist.

Zu bedenken sind dabei allerdings zwei Gesichtspunkte: Erstens kann auch aus einem intensiven Wettbewerb zwischen OTT-Diensten einerseits und klassischen Telekommunikationsdiensten andererseits auf einem Endkundenmarkt nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass dieser Wettbewerb in einer Weise selbsterhaltend ist, dass auf die Vorleistungsregulierung grundsätzlich verzichtet werden kann. OTT-Dienste

⁹⁴ Art. 5 Abs. 1 lit. a) Zugangs-RL, § 18 TKG.

stimulieren regelmäßig (nur) den Dienstewettbewerb, der dem infrastrukturbasierten Wettbewerb im Hinblick auf seine Beständigkeit strukturell unterlegen ist.⁹⁵ Zweitens muss sehr genau zwischen Endkundenmärkten für Verbraucher und Endkundenmärkten für Geschäftskunden unterschieden werden. Sie haben oftmals unterschiedliche Anforderungen an die Dienstqualität, so dass beispielsweise ein internetbasierter Sprachdienst zwar auf einem Endkundenmarkt für Verbraucher Wettbewerbsdruck auf klassische Sprachtelefondienste erzeugt, nicht hingegen auf einem Endkundenmarkt für Geschäftskunden. Die Regelung des Art. 65 Abs. 2 lit. b) Kodex kann daher nicht schematisch angewendet werden, sondern muss stets bezogen auf einen konkreten Einzelfall geprüft werden.

3. Nicht wettbewerbsbezogene Regulierung

Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste unterliegen heute einer Reihe von spezifischen Verpflichtungen außerhalb der Marktregulierung, die für vergleichbare OTT-Dienste nicht gelten. Beispielhaft seien hier nur der Datenschutz, der Verbraucherschutz und die öffentliche Sicherheit genannt. Diese Regulationsasymmetrie wurde in der Vergangenheit insbesondere von Telekommunikationsunternehmen oftmals als Ursache von regulierungsinduzierten Wettbewerbsverzerrungen benannt, die fairen Wettbewerbsbedingungen im Wege stehen. Wie bereits oben erwähnt, kann das somit geforderte Level Playing Field nicht einfach dadurch geschaffen werden, dass die genannten Regelungsgebiete undifferenziert auch auf OTT-Dienste angewendet werden, da manche dieser Regelungen – etwa die Verpflichtung zur Verfügungstellung eines Einzelverbindungsnaehweises – bei OTT-Diensten weder erforderlich noch sinnvoll sind. Das Level Playing Field kann umgekehrt auch nicht einfach dadurch hergestellt werden, dass bestehende Regelungen undifferenziert für alle Anbieter aufgehoben werden, da manche der bestehenden Regelungen – etwa im Bereich Datenschutz – unabhängig vom Bedeutungszuwachs von OTT-Diensten ihren Schutzzweck nicht verloren haben.

Die auch vom Kodex durch die Flexibilisierung der Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes vorgezeichnete Lösung zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen muss vielmehr darin liegen, dass für alle Regelungsbereiche des Rechtsrahmens ausgehend vom jeweiligen Schutzzweck entschieden wird, für welche Dienste sie in welchem Umfang gelten sollen.

Das Schlagwort des „Level Playing Field“ verstellt insofern den Blick darauf, worum es bei der Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen im Kern gehen muss: Die telekommunikationsrechtlichen Regelungen sind nicht geschaffen worden, um Belastungen für Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste zu schaffen, die nunmehr dadurch ausgeglichen werden müssten, dass diese Belastungen entweder aufgehoben oder auch OTT-Anbietern auferlegt werden. Die telekommunikationsrechtlichen Regelungen verfolgen vielmehr spezifische Schutzzwecke und führen nur reflexmäßig zu einer Belastung von Anbietern: Die datenschutzrechtlichen Regelungen beispielsweise sollen Nutzer von

⁹⁵ Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, m.w.N.

Telekommunikationsdiensten vor Gefahren für ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit der Nutzung schützen.

In einem ersten Schritt ist daher stets zu fragen, ob der Schutzzweck einer Regelung bei elektronischen Kommunikationsdiensten fortbesteht und falls dies bejaht wird, ob er bei OTT-Diensten in vergleichbarer Weise existiert. Werden beide Fragen bejaht, müssen die entsprechenden Regelungen auf alle Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste angewendet werden. Werden beide Fragen verneint, müssen die Regelungen für alle Anbieter aufgehoben werden. Bestehen allerdings zwischen verschiedenen Formen von elektronischen Kommunikationsdiensten im Hinblick auf den Schutzzweck einer Norm Unterschiede, so müssen die unterschiedlichen Dienste auch unterschiedlich behandelt werden. Gleichheitsgerechte – faire – Wettbewerbsbedingungen sind in allen drei Konstellationen die Folge, da jeder Dienst entsprechend seiner spezifischen Besonderheiten im Hinblick auf die Regelungsmaterien des Telekommunikationsrechtsrahmens behandelt wird. Faire Wettbewerbsbedingungen können also auch dann bestehen, wenn es kein Level Playing Field dergestalt gibt, dass für alle Dienste dieselben Regelungen gelten.

Für die Bereiche Sicherheit, Verbraucherschutz und Datenschutz soll in der Folge kurz darauf eingegangen werden, ob der Kodex faire Wettbewerbsbedingungen in diesem Sinn schafft und an welchen Stellen es ggf. noch Anpassungsbedarf gibt.

a) Sicherheit von Netzen und Diensten, Art. 40 Kodex

Durch Art. 40 Kodex wird Anbietern von öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten unterschiedslos die Pflicht auferlegt, angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zur angemessenen Beherrschung der Risiken für die Sicherheit von Netzen und Diensten zu ergreifen (Art. 40 Abs. 1 Kodex). Ebenso unterschiedslos wird allen Anbietern von elektronischen Kommunikationsdiensten nach Art. 40 Abs. 3 Kodex die Pflicht auferlegt, über Sicherheitsvorfälle unverzüglich die zuständigen Behörden zu informieren. Diese Pflichten gelten unabhängig davon, ob ein Dienst nummernabhängig oder nummernunabhängig ist, sie gelten vielmehr für alle elektronischen Kommunikationsdienste gleichermaßen, d.h. für Internetzugangsdienste, interpersonelle Kommunikationsdienste und Dienste der Signalübertragung i.S.d. Art. 2 Nr. 4 Kodex. Eine Differenzierung wird lediglich dadurch möglich, dass jeweils „angemessene“ Maßnahmen zu ergreifen sind, die sich je nach Dienst unterscheiden können. Grundsätzlich ist die Einbeziehung aller Dienste in den Anwendungsbereich des Art. 40 Kodex gerechtfertigt, weil angesichts der Zunahme von sicherheitsrelevanten Angriffen auf alle möglichen Kommunikationsdienste in der Vergangenheit bei der gleichzeitig steigenden Bedeutung aller Kommunikationsdienste für die Kommunikation eine Pflicht zur Gewährleistung von Sicherheit auch für alle Dienste in gleicher Weise angezeigt ist.

Allein für Netzbetreiber wird eine Zusatzverpflichtung zur Sicherstellung der Integrität und Verfügbarkeit eines Netzes geschaffen (Art. 40 Abs. 2 Kodex). Sie ergibt sich allerdings aus der Natur der Sache, so dass insgesamt im Bereich der Sicherheitsvorschriften ausgehend

vom Kodex faire Wettbewerbsbedingungen durch eine Einbeziehung aller elektronischen Kommunikationsdienste in den Anwendungsbereich der Norm geschaffen werden.

b) Verbraucherschutz

Der Kodex enthält in Teil III allgemeine Regelungen zum Endnutzerschutz. „Endnutzer“ ist gemäß Art. 2 Nr. 14 Kodex jeder, der einen elektronischen Kommunikationsdienst nutzt, ohne selbst solche Dienste oder Netze bereitzustellen. Unter den Begriff des „Endnutzers“ fallen also sowohl Verbraucher als auch gewerbliche Nutzer. Für den Bereich der Endnutzerrechte sieht Art. 94 Kodex vor, dass die Regelungen des Kodex zu einer Vollharmonisierung der Vorschriften führen sollen.

„Verbraucher“ ist nach Art. 2 Nr. 15 Kodex nur eine natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst zu anderen als gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken nutzt oder beantragt. Allgemeine verbraucherschutzrechtliche Regelungen finden sich nur in Art. 95 Kodex („Informationspflicht in Verträgen“) und in Art. 98 Kodex („Vertragslaufzeit und -kündigung“). Beide Normen sollen nur für nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste gelten, nicht hingegen für nummernungebundene Dienste. Der Kodex trifft hier also eine Unterscheidung, die zu unterschiedlichen Rahmenbedingungen für klassische Telekommunikationsdienste einerseits und OTT-1-Dienste andererseits führt. Damit entsteht zwar in einem wörtlichen Sinne kein Level Playing Field, entscheidend ist aber, ob diese Ungleichbehandlung ausgehend vom Schutzzweck der Normen gerechtfertigt werden kann, so dass deshalb gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen gegeben sind.

aa) Informationspflicht in Verträgen, Art. 95 Kodex

Art. 95 Kodex verpflichtet Anbieter nummernabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste dazu, Verbrauchern vor einem Vertragsschluss eine ganze Reihe von Informationen zur Verfügung zu stellen. Es erscheint auf den ersten Blick überraschend, dass bei nummernunabhängigen Diensten keine Informationspflichten gelten sollen, da auch bei ihnen regelmäßig zwischen Anbieter und Nutzer eine gewisse Informationsasymmetrie bestehen wird, der die Informationspflichten des Art. 95 Kodex ja gerade entgegenwirken sollen. Bei genauerer Betrachtung erscheint es allerdings durchaus gerechtfertigt, die spezifischen Verpflichtungen des Art. 95 Kodex nicht auf nummernabhängige Dienste anzuwenden:

Zum einen zeigt eine Analyse der in Art. 95 Abs. 1 normierten Informationspflichten, dass sie vorrangig entweder solche Informationsasymmetrien betreffen, die sich daraus ergeben, dass ein Anbieter eine netzbezogene Leistung erbringt (lit. a), lit. g)) oder dass es um Informationen zu Laufzeitverträgen geht (lit. c), lit. d)), die im Bereich der nummernungebundenen interpersonellen Kommunikationsdienste jedenfalls bisher keine Rolle spielen.

Die Nichteinbeziehung von nummernungebundenen Diensten in den Anwendungsbereich von Art. 95 Kodex ist jedenfalls derzeit durchaus gerechtfertigt. Hier sollte allerdings ggf. eine Überprüfungspflicht eingefügt werden, um neuen Marktentwicklungen rechtzeitig begegnen zu können.

Zum anderen – und möglicherweise wichtiger – bedeutet die Nichteinbeziehung von nummernunabhängigen Diensten in den Anwendungsbereich des Art. 95 Kodex nicht, dass Verbraucher bei der Nutzung dieser Dienste keinerlei Informationen erhalten müssten. Im Gegenteil gelten für alle Anbieter von interpersonellen elektronischen Kommunikationsdiensten grundsätzlich die Regelungen der Verbraucherschutzrichtlinie, die in Art. 5 eine Reihe von Informationspflichten normiert, die in Art. 6 um weitere Informationspflichten für Fernabsatzverträge ergänzt werden, was insbesondere bei der Inanspruchnahme von interpersonellen Kommunikationsdiensten relevant sein dürfte.⁹⁶

Die Vorschriften der Verbraucherschutzrichtlinie gelten für nummernunabhängige und nummernabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste gleichermaßen, so dass unter dem Gesichtspunkt des Regelungszwecks – der Schutz des Verbrauchers – eine angemessene Gleichbehandlung beider Dienste und damit faire Wettbewerbsbedingungen bereits durch diese allgemeine Regelung hergestellt werden. Dass durch Art. 95 Kodex für nummernabhängige Dienste zusätzliche Verpflichtungen normiert werden, die spezifischen verbraucherschutzrechtlichen Gefahren aufgrund der bei diesen Diensten derzeit vorherrschenden Geschäftsmodelle begegnen sollen, ändert an diesem Befund nichts.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass im Hinblick auf bestehende Informationspflichten gegenüber Verbrauchern ausgehend vom Kodex im Zusammenspiel mit den Regelungen der Verbraucherschutzrichtlinie viel dafür spricht, dass künftig in diesem Bereich faire Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden.

bb) Vertragslaufzeit und -kündigung, Art. 98 Kodex

Auch die Regelungen zu Vertragslaufzeiten und -kündigungen in Art. 98 Kodex sollen nur für elektronische Kommunikationsdienste gelten, die nummernabhängig sind. Auch hier stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung zwischen verschiedenen Arten interpersoneller Kommunikationsdienste zu Wettbewerbsverzerrungen führt.

Ebenso wie im Hinblick auf die Informationspflichten des Art. 95 Kodex ist allerdings auch hier bei der Analyse der Norm festzustellen, dass sie primär Probleme adressiert, die sich ergeben, wenn Verbraucher durch Laufzeitverträge an einen bestimmten Diensteanbieter gebunden werden. Die Norm soll die Wechselmöglichkeiten von Verbrauchern erhöhen indem sie Lock-in-Effekten entgegenwirkt. Laufzeitverträge, die einem Wechsel entgegenstehen, spielen jedoch im Bereich der nummernunabhängigen interpersonellen

⁹⁶ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64.

Kommunikationsdienste jedenfalls derzeit keine Rolle, so dass es auch nicht erforderlich ist, diesbezügliche Verpflichtungen auf solche Anbieter anzuwenden. Auch hier resultieren aus der Nichtanwendung der Norm auf nummernunabhängige Dienste ausgehend vom Schutzzweck der Norm also keine Schutzlücken. Vielmehr ist ihre Nichtanwendung sachlich dadurch gerechtfertigt, dass derzeit für nummernabhängige und nummernunabhängige Dienste unterschiedliche Geschäftsmodelle vorherrschend sind. Damit führt die unterschiedliche Einbeziehung von interpersonellen Kommunikationsdiensten in den Anwendungsbereich der Norm auch nicht zu gleichheitswidrigen Wettbewerbsbedingungen.

c) Datenschutz

Anlass zum Ruf nach der Schaffung eines Level Playing Fields waren in der Vergangenheit immer wieder die unterschiedlichen datenschutzrechtlichen Regelungen für elektronische Kommunikationsdienste einerseits und für OTT-Dienste andererseits. Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste unterliegen heute spezifischen Datenschutzvorgaben, die ihnen insbesondere im Hinblick auf die Monetisierung von Daten Grenzen setzen, denen OTT-Dienste nicht unterliegen.⁹⁷

Der Kodex adressiert dieses Problem nicht, da er nicht zu einer Kodifizierung der datenschutzrechtlichen Regelungen führt. Vielmehr sollen datenschutzrechtliche Aspekte der Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste auch künftig gesondert in einer ePrivacy-Verordnung geregelt werden.⁹⁸ Der vorliegende Entwurf ist insofern ein guter Ausgangspunkt für die Diskussion, als er an die Systematik des Kodex im Hinblick auf die unterschiedlichen Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten begrifflich und inhaltlich anknüpft.⁹⁹

Unabhängig davon lässt sich aber bereits heute sagen, dass bis zu einem gewissen Punkt gleichheitsgerechte Datenschutzbedingungen künftig allein deshalb gewährleistet sein dürften, weil für alle Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste ab dem 6. Mai 2018 die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung gelten werden.¹⁰⁰ Ausgehend von der Datenschutz-Grundverordnung werden damit auf einer allgemeinen Ebene Nutzer aller elektronischen Kommunikationsdienste gleich geschützt werden und alle Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten werden den gleichen Verpflichtungen unterliegen.

4. Zwischenergebnis

Der Kodex verfolgt bei der Herstellung von fairen Wettbewerbsbedingungen in Telekommunikationsmärkten den Ansatz, durch eine Ausdifferenzierung der Definition des

⁹⁷ Vgl. etwa § 98 TKG für Standortdaten bei mobilen Endgeräten.

⁹⁸ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final v.10.1.2017.

⁹⁹ Art. 4 Abs. 1 lit. b) ePrivacyVO-Entwurf.

¹⁰⁰ Verordnung 2016/679/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. Nr. L 119 v. 4.5.2016, S. 1.

elektronischen Kommunikationsdienstes im ersten Schritt die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsrahmens auf alle Dienste zu ermöglichen. Im zweiten Schritt wird dann jeweils festgelegt, welche Regelungsbereiche auf welchen Dienstetyp konkret anwendbar sind. Dieser Regelungsansatz ist grundsätzlich überzeugend, da er eine zielgenauere Anwendung telekommunikationsrechtlicher Regelungen erlaubt als bisher.

Ob die Differenzierung innerhalb der interpersonellen Kommunikationsdienste nach der Verwendung von Nummern auf Dauer eine angemessene Vorgehensweise darstellt, lässt sich nicht abschließend beurteilen. In der aktuellen Ausgestaltung des Kodex liegt hierin aber beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung ein legitimes Differenzierungskriterium.

Im Rahmen der Marktregulierung können auch OTT-Dienste, die interpersonelle Kommunikation anbieten, als Ultima Ratio zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes zur Interoperabilität verpflichtet werden. Zudem ist der Wettbewerbsdruck, den sie auf nummernabhängige Dienste in Endnutzermärkten entfalten, auch bei der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen in zugehörigen Vorleistungsmärkten zu berücksichtigen. Zu bedenken ist dabei, dass OTT-Dienste regelmäßig nur den Dienstewettbewerb verstärken, der im Vergleich zu infrastrukturbasierten Wettbewerb weniger selbsterhaltend ist.

Bei der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung sind die vorgeschlagenen Regelungen zur Anwendung der Vorschriften zur öffentlichen Sicherheit auch auf OTT-Dienste ausgehend vom Schutzzweck der Vorschriften angemessen. Allein Netzbetreiber sollen künftig weitergehenden Verpflichtungen unterliegen. Dies rechtfertigt sich aber aus der Natur der Sache durch die Kontrolle über eine physische Infrastruktur, die OTT-Dienste regelmäßig nicht ausüben.

Soweit die verbraucherschutzrechtlichen Regelungen des Kodex nicht auf OTT-Dienste Anwendung finden sollen, die keine Nummern verwenden, ist dies im Grundsatz nicht zu beanstanden. Zum einen sind die diesbezüglichen Regelungen des Kodex stark auf Laufzeitvertragsgeschäftsmodelle mit monetärer Gegenleistung ausgerichtet, die bei OTT-Diensten derzeit nicht verbreitet sind, so dass auch keine vergleichbaren Interessenlagen beim Verbraucherschutz bestehen. Zum anderen sind auch OTT-Dienste an die allgemeinen Transparenzpflichten der Verbraucherschutzrichtlinie gebunden, die in wesentlichen Teilen allgemeine Regelungen enthält, mit denen ein angemessenes Schutzniveau auch für Nutzer von OTT-Diensten geschaffen werden kann.

Bedauerlich ist, dass der Kodex keine Regelungen zum Datenschutz enthält, sondern diese auch weiterhin einer eigenständigen ePrivacy-Richtlinie vorbehält, die derzeit überarbeitet wird. Eine abschließende Beurteilung, ob beim Datenschutz faire Wettbewerbsbedingungen in Telekommunikationsmärkten geschaffen werden, ist erst möglich, wenn dieser Entwurf vorliegt. Allerdings werden bis zu einem gewissen Punkt faire Wettbewerbsbedingungen künftig allein dadurch schon geschaffen werden, dass ab dem 6. Mai 2018 für alle Anbieter interpersoneller elektronischer Kommunikationsdienste die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung gelten werden.

C Zusammenfassung

1. Der Kodex bietet insgesamt eine gute Grundlage für das weitere Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene zur Modernisierung des Telekommunikationsrechtsrahmens.
2. Der Kodex schlägt die Schaffung eines neuen Regulierungsziels „Konnektivität“ vor, das nach der derzeitigen Systematik des Kodex Vorrang gegenüber den weiteren Regulierungszielen genießt. „Konnektivität“ meint dabei zum einen den Ausbau von Netzen, die Leistungsparameter von FTTH- bzw. FTTB-Netzen aufweisen müssen. Zum anderen soll Regulierung auch die Nachfrage nach solchen Netzen bzw. den sie nutzenden Diensten fördern. Beides greift zentrale Forderungen aus der *Digitalen Strategie 2025* des BMWi auf. Die Förderung der Nachfrageseite fällt bisher weder institutionell noch funktional in den Aufgabenbereich der BNetzA. Hier müsste entweder eine entsprechende Aufgabenzuweisung an die Behörde oder an die derzeit in der politischen Diskussion befindliche Digitalagentur erfolgen.
3. Soweit durch Art. 22 Kodex ein neues Verfahren der hoheitlich begleiteten Netzplanung eingeführt werden soll, sollte dies im weiteren Gesetzgebungsverfahren klarer konturiert werden. Zum einen sind die Rechtsfolgen der geographischen Erhebungen im Hinblick auf Gebiete mit Netzausbaudefizit nicht konsequent auf den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität ausgerichtet. Zum anderen sind durch die mit den Auskunftspflichten geschaffene Transparenz über die Ausbaupläne von Unternehmen in bestimmten Konstellationen negative Auswirkungen auf den Breitbandausbau möglich, die durch entsprechende Regelungen eingedämmt werden sollten.
4. Die Neuausrichtung der Marktregulierung auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität ist zu begrüßen. Einen wichtigen Baustein kann dabei die Freistellung von Netzbestandteilen von der Vorabregulierung nach Art. 74 Kodex bilden, die einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität leisten. Die Wirksamkeit dieser Maßnahme wird allerdings stark von ihrer konkreten Implementierung auf nationaler Ebene abhängen. Hier ist zu erwägen, ob nicht noch weitergehende Regelungen für solche Netzbestandteile geschaffen werden, die zur erstmaligen Versorgung eines Gebietes mit einem Netz mit sehr hoher Kapazität beitragen. Jedenfalls sollte aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene klargestellt werden, dass eine Freistellung nicht nur von der asymmetrischen, sondern auch von der symmetrischen Zugangsregulierung in Frage kommt. Kommt eine Regulierungsfreistellung für neue Netzbestandteile nicht in Betracht, sollte die unionsrechtliche Einführung eines (nicht kostenbasierten) Entgeltmaßstabs für solche Netzbestandteile geprüft werden, der eine allgemeine Missbrauchskontrolle für die nationalen Regulierungsbehörden ermöglicht, zugleich aber Preissetzungsspielräume für ausbauende Unternehmen und damit Investitionsanreize schafft.
5. Soweit die Vorabregulierung künftig nur noch dann eingesetzt werden soll, wenn auf einem Endkundenmarkt Wettbewerbsprobleme bestehen, schreibt dies den bereits heute praktizierten Regulierungsansatz fort, betont allerdings nochmals zusätzlich die Bedeutung

der Vorleistungsregulierung für und ihre Ausrichtung auf den Wettbewerb in Endkundenmärkten.

6. Die Regelungen zum Netzzugang werden dahingehend neu akzentuiert, dass künftig der Zugang zu Telekommunikationsnetzen nur dann auferlegt werden kann, soweit der Zugang zu baulichen Anlagen nicht genügt, um den Wettbewerb in Endkundenmärkten zu gewährleisten. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen künftig eine entsprechende Stufenprüfung vornehmen.

7. Im Rahmen der Zugangsregulierung sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren erwogen werden, sie stärker mit den Infrastrukturausbauzielen zu verknüpfen, indem sie beispielsweise enger mit der Investitionsbereitschaft von Netzzugangspetenten verbunden wird.

8. Bedenklich ist die vorgeschlagene Ausweitung der symmetrischen Regulierung. Zum einen soll sie zukünftig nicht mehr an das Kriterium der Sicherstellung des End-zu-End-Verbundes geknüpft werden, sondern allein bei fehlender Replizierbarkeit eines Netzbestandteils zur Anwendung kommen können. Die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe bei nicht marktmächtigen Unternehmen sind kaum zu rechtfertigen. Hier sollte über die Einfügung zusätzlicher Voraussetzungen nachgedacht werden, die den kartellrechtlichen Kriterien der Essential-Facility-Doktrin nachgebildet werden könnten. Zum anderen sollte auch der sachliche Anwendungsbereich der Norm klarer definiert werden. Nach dem Kodex-entwurf wäre unter bestimmten Voraussetzungen die Anordnung des symmetrischen Zugangs bis zur Vermittlungsstelle zulässig. Das wäre eine sehr weitreichende Ausweitung des Status quo.

9. Es sollte erwogen werden, für alle Marktregulierungsmaßnahmen Wirkanalysen durchzuführen, mit denen die wettbewerbsbezogenen Auswirkungen der Regulierung evaluiert werden.

10. Der Kodex schlägt eine Ausdifferenzierung des Begriffs des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ vor, die künftig eine zielgenauere Anwendung von telekommunikationsrechtlichen Regelungen auch auf OTT-Dienste ermöglichen soll. Der gewählte Ansatz ist grundsätzlich angemessen. Es sollte kontinuierlich überprüft werden, ob das Differenzierungskriterium der Nummernabhängigkeit bei interpersonellen Kommunikationsdiensten dauerhaft angemessen ist.

11. Im Rahmen der Marktregulierung kann OTT-Diensten künftig zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes unter bestimmten Voraussetzungen als Ultima Ratio eine Pflicht zur Interoperabilität auferlegt werden. Zudem sind ihre Wettbewerbswirkungen im Rahmen der asymmetrischen Marktregulierung expliziter als bisher zu berücksichtigen.

12. Bei den Regelungen zur öffentlichen Sicherheit werden künftig grundsätzlich alle elektronischen Kommunikationsdienste in die Pflicht genommen, also auch OTT-Dienste, die eine interpersonelle Kommunikation ermöglichen.

13. Im Bereich des Verbraucherschutzes sollen die Regelungen des Kodex nur auf nummernabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste anwendbar sein. OTT-Dienste

werden hingegen nicht erfasst. Dies steht fairen Wettbewerbsbedingungen aber deshalb nicht grundsätzlich entgegen, weil die Regelungen des Kodex vorrangig auf Geschäftsmodelle abzielen, die bei OTT-Diensten derzeit nicht verbreitet sind. Hier ist die weitere Entwicklung bei den Geschäftsmodellen zu beobachten, um ggf. künftig auch OTT-Dienste in den Anwendungsbereich aufzunehmen, sofern sie ihr Geschäftsmodell dem von nummernabhängigen Diensten annähern. Hinzu kommt, dass alle Anbieter interpersoneller Kommunikationsdienste an die Vorschriften der Verbraucherschutzrichtlinie bzw. die entsprechenden nationalen Umsetzungsakte gebunden sind, so dass auch Nutzer von OTT-Diensten bereits heute verbraucherrechtlich nicht schutzlos gestellt sind.

14. Bedauerlich ist, dass der Kodex keine Vorschriften zum Datenschutz enthält, die weiterhin in einer gesonderten ePrivacy-Verordnung geregelt werden sollen. Eine abschließende Beurteilung, ob im Bereich des Telekommunikationsdatenschutzes künftig faire Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden, ist daher erst nach Verabschiedung dieser Verordnung möglich. Zu bedenken ist allerdings, dass künftig schon durch die Datenschutzgrund-Verordnung jedenfalls auf einem gewissen Mindestniveau faire Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter und ein gleichmäßiges Schutzniveau für alle Nutzer geschaffen werden wird.